



e-Revista Internacional de la Protección Social (e-RIPS)

Vol. IX ▶ N^o 1 ▶ 2024

ISSN 2445-3269

<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>

© Editorial Universidad de Sevilla 2024



CC BY-NC-SA 4.0



e-Revista Internacional de la Protección Social

(e-RIPS) ▶ 2024 ▶ Vol. IX ▶ N° 1 ▶ ISSN 2445-3269

<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS> ▶ © Editorial Universidad de Sevilla 2024

 CC BY-NC-SA 4.0.

EQUIPO EDITORIAL

DIRECTORA

DRA. CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, UNIVERSIDAD DE SEVILLA, ESPAÑA

SUBDIRECTORA

DRA. ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ, UNIVERSIDAD DE SEVILLA, ESPAÑA

SECRETARIA GENERAL

DRA. CARMEN SOLÍS PRIETO, UNIVERSIDAD DE SEVILLA, ESPAÑA

VICESECRETARIO GENERAL

D. JAIME ROMÁN LEMOS, UNIVERSIDAD DE SEVILLA, ESPAÑA

COMITE ASESOR

Dr. Rob Cornelissen, Vrije Universiteit Brussel, Bélgica
Dra. Olga Fotinopoulou Basurko, Universidad del País Vasco, España
Dra. María Dolores García Valverde, Universidad de Granada, España
Dr. Leopoldo Gamarra Vílchez, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú
Dr. Djamil Tony Kahale Carrillo, Universidad Politécnica de Cartagena, España
Dr. Juan Antonio Maldonado Molina, Universidad de Granada, España
Dr. José María Mirando Boto, Universidad de Santiago de Compostela, España
Dra. Purificación Morgado Panadero, Universidad de Salamanca, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Pablo Arellano Ortiz, Unidad de Derecho Laboral y Reforma/GOVERNANCE (OIT - Organización Internacional del Trabajo), Suiza
Dr. Alfonso Luis Calvo Caravaca, Universidad Carlos III de Madrid, España
Dra. Carolina Gala Durán, Universidad Autónoma de Barcelona, España
Dr. José Ignacio García Ninet, Universidad de Barcelona, España
Dr. Daniel Ignacio García San José, Universidad de Sevilla, España
Dr. Juan Gorelli Hernández, Universidad de Huelva, España
Dra. Inmaculada Marín Alonso, Universidad de Sevilla, España
Dra. Lourdes Mella Méndez, Universidad de Santiago de Compostela, España
Dra. Gabriela Mendizábal Bermúdez, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México
Dr. José Luis Monereo Pérez, Universidad de Granada, España
Dr. Marius Olivier, North-West University, Sudáfrica y University of Western, Australia
Dr. Frans Pennings, Universteit Utrecht, Países Bajos
D. José Joaquín Pérez-Beneyto Abad, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, España
Dr. Danny Pieters, Katholieke Universiteit Leuven, Bélgica
Dr. Hans-Joachim Reinhard, Hochschule Fulda - University of Applied Sciences, Alemania
Dr. Ángel Guillermo Ruiz Moreno, Universidad de Guadalajara, México
Dr. Rodrigo Alejandro Sandoval Ducoing, Abogado, Chile
Dra. Krassimira Sredkova, Sofia University "St. Kliment Ohridski", Bulgaria
Dr. Borja Suárez Corujo, Universidad Autónoma de Madrid, España
Dr. Ángel Luis de Val Tena, Universidad de Zaragoza, España
Dr. Gijsbert Vonk, Rijksuniversiteit Groningen, Países Bajos

CONSEJO DE REDACCIÓN

Dra. Maria Cecilia de Almeida Monteiro Lemos, UDF - Centro Universitário do Distrito Federal, Brasil
D. Manuel de Armas Cejas, Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Santa Cruz de Tenerife, España
Dr. Mohamed Saad Bentaouet, Universidad de Sevilla, España
Dra. María del Carmen Giménez Muñoz, Universidad de Sevilla, España
Dr. Miguel Ángel Gómez Salado, Universidad de Málaga, España
Dra. María Teresa Igartua Miró, Universidad de Sevilla, España
D. Luis Jurado Cano, Abogado en Santiago de Compostela, España
Dra. Yolanda Maneiro Vázquez, Universidad de Santiago de Compostela, España
Dra. Thereza Christina Nahas, Escuela Judicial de Sao Paulo y Paraná y Centro de Postgrado de la Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil
Dr. Francisco Ortiz Castillo, Universidad de Murcia, España
Dr. Julio Ramírez Barrios, Universidad de Sevilla, España
D^a. María Dolores Ramírez Bendala, Universidad de Sevilla, España
Dra. Ana Teresa Ribeiro, Universidade Católica Portuguesa do Porto, Portugal
Dra. Amalia de la Riva López, Universidad de la República, Uruguay
Dra. Esperanza Roales Paniagua, Universidad de Sevilla, España
Dr. Guillermo Rodríguez Inieta, Universidad de Murcia, España
Dr. Francisco Rubio Sánchez, Universidad de Extremadura, España

COMITÉ EJECUTIVO

Dr. Marcelo Fernando Borsio, Conselho de Recursos da Previdência Social do Brasil - CRPS, Brasil
Dra. Ana María Chocrón Giráldez, Universidad de Sevilla, España
Dra. Nicoleta Enache, Universitatea Valahia din Târgoviște, Rumanía
Dr. Francisco Javier Fernandez Orrico, Universidad Miguel Hernández, España
Dra. Martha Elisa Monsalve Cuellar, Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Colombia
D. Andrés Ramón Trillo García, Instituto Nacional de la Seguridad Social, España
Dra. María Teresa Velasco Portero, Universidad Loyola Andalucía, España

COMITÉ DE EVALUADORES EXTERNOS

Dr. Guillermo Leandro Barrios Baudor, Universidad Rey Juan Carlos, España
Dra. Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado, Universidad de Barcelona, España
Dra. María Dolores Carrascosa Bermejo, Universidad Pontificia de Comillas - ICADE, Ediciones Lefebvre-El Derecho, Red de expertos de la Comisión Europea FreSso, España
Dra. Esther Carrizosa Prieto, Universidad Pablo de Olavide, España
Dr. David Carvalho Martins, Universidade de Lisboa, Portugal
Dra. María José Cervilla Garzón, Universidad de Cádiz, España
D.^a Talita Corrêa Gomes Cardim, Brasil
Dra. Christiana D'Arc Damasceno Oliveira Andrade Sandim, Juez Laboral - TRT 14, Brasil
Dr. Josué Mesraim Dávila Soto, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México
Dra. Thais Guerrero Padrón, Universidad de Cádiz, España
Dr. Miguel Gutierrez Pérez, Universidad de Extremadura, España
Dr. Fernando María Jimeno Jiménez, Universidad de Granada, Universidad Nacional de Educación a Distancia en Ceuta e Instituto de Mayores y Servicios Sociales en Ceuta, España
Dra. Larissa Lopes Matos, Centro Universitario do Rio Grande do Norte (UNI-RN), Brasil
Dra. Belén López Insua, Universidad de Granada, España
Dr. Emmanuel López Pérez, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México
Dr. Francisco Lozano Lares, Universidad de Málaga, España
Dra. Julia Muñoz Molina, Universidad de Córdoba, España
Dra. Thereza Christina Nahas, Escuela Judicial de Sao Paulo y Paraná y Centro de Postgrado de la Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil
Dra. Elaine Noronha Nassif, Ministério Público do Trabalho y Escola Superior do Ministério Público da Uniao, Brasil
Dra. Natalia Ordoñez Pascua, Universidad de León, España
Dra. Zélia Luiza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil
Dra. Raquel Poqué Catalá, Universidad Internacional de La Rioja, España
Dra. María Isabel Ribes Moreno, Universidad de Cádiz, España
Dr. Iván Antonio Rodríguez Cardo, Universidad de Oviedo, España
Dra. Sarai Rodríguez González, Universidad de La Laguna, España
Dra. Josefa Romeral Hernández, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España
Dra. Fuencisla Rubio Velasco, Universidad de Huelva, España
Dr. José Antonio Rueda Monroy, Universidad de Málaga, España
Dr. Renato Sabino Carvalho Filho, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil
Dra. María Salas Porras, Universidad de Málaga, España
Dr. Francisco Trujillo Pons, Universidad Jaume I, España
Dr. Francisco Vigo Serralvo, Universidad de Málaga, España
Dra. Alicia Villalba Sánchez, Universidad de Santiago de Compostela, España
Dr. Fabiano Zavanella, Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas em Ciências Políticas e Jurídicas (IPOJUR), Brasil



e-Revista Internacional de la Protección Social

(e-RIPS) ▶ 2024 ▶ Vol. IX ▶ Nº 1 ▶ ISSN 2445-3269

<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS> ▶ © Editorial Universidad de Sevilla 2024



CC BY-NC-SA 4.0.

Copyright Los trabajos publicados en las ediciones impresa y electrónica de E-Rips son propiedad de la Editorial Universidad de Sevilla. Para cualquier reproducción parcial o total será necesario citar expresamente la procedencia. La Editorial Universidad de Sevilla autoriza a los autores de los trabajos publicados en la revista a ofrecerlos en sus webs (personales o corporativos) o en cualquier repositorio de acceso abierto (Open Access) pero exclusivamente en forma de copia de la versión post-print del manuscrito original una vez revisado y maquetado, que será remitida al autor principal o corresponsal. Es obligatorio hacer mención específica de la publicación en la que ha aparecido el texto, añadiendo además un enlace a la Editorial Universidad de Sevilla (<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>).

Financiación Esta revista está financiada por la Universidad de Sevilla, dentro de las ayudas del VII PPIT-US

Dirección y contacto

Postal c/ Enramadilla 18-20, CP 41018, Sevilla, España.

Correo-e csrodas@us.es

Webs <https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>
<https://revistascientificas.us.es/index.php/erips> Tf.: (34) +34 954 55 76 01

Identificación. ISSN 2445-3269

DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>

Título Clave: e-Revista Internacional de la Protección Social

Título abreviado: e-RIPS.

Maquetación. Referencias Cruzadas. Tf.: (34) 657 802 595. Correo-e: referencias.maquetacion@gmail.com



ÍNDICE

Vol. IX ▶ N° 1 ▶ 2024

TRIBUNA

El permiso retribuido de cinco días para cuidadores: la legislación luxemburguesa un ejemplo para la supervivencia de las Pymes españolas / *Five-day retributed caretaker's leave: the luxembourgian legislation an example for the survival of small and medium-size companies*

Cristina Sánchez-Rodas Navarro 7-10

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Teletrabajo transfronterizo y Seguridad Social: conexión problemática / *Cross-border teleworking and social security: problematic connection*

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2024.i01.01>

Carlos García de Cortázar y Nebreda 12-32

Nuevos derechos laborales para nuevos tiempos: reflexiones sobre el derecho a la reducción de la jornada laboral / *New labour rights for new times: reflections on the right to reduction of working hours*

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2024.i01.02>

Bárbara Torres García 33-57

La protección social y las políticas activas de empleo de la población vulnerable: un estudio comparado entre Francia y España / *Social protection and active employment policies for the vulnerable population: a comparative study between France and Spain*

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2024.i01.03>

María José Vicente Vicente / Segundo Valmorisco Pizarro 58-79

Desconectados: causas y remedios de la brecha digital / *Disconnected: causes and remedies of the digital divide*

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2024.i01.04>

Luis Eduardo Díaz 80-103

Las mujeres porteadoras en la frontera del Tarajal: el fin del “comercio atípico”, unas relaciones laborales no regularizadas / *Women porters at the Tarajal Border: the end of “atypical trade”, non-regularized labor relations*

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2024.i01.05>

Alejandro Arnet Rodríguez 104-131

Rural livelihoods, poverty and social protection in a former Soviet country, Kyrgyzstan / *Medios de vida rurales, pobreza y protección social en un antiguo país soviético, Kirguistán*

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2024.i01.06>

Rafael Aguirre Unceta 132-151

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

Régimen jurídico del teletrabajo. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de septiembre de 2023 (rec. 260/2021) / *Legal status of teleworking. Commentary on the Judgment of the Supreme Court, Social Chamber, of 19 September 2023 (rec. 260/2021)*

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2024.i01.07>

Francisco Carmona Pozas 153-165

RECENSIONES

Recensión de la obra de Isabel María Villar Cañada y Cristóbal Molina Navarrete (dirs.): *Pilar Europeo de Derechos Sociales y progreso jurídico de la Unión y de España: logros y asignaturas pendientes*, Bomarzo, Albacete, 2024

Cristina Sánchez-Rodas Navarro 167-171

Recensión de la obra de Alicia Villalba Sánchez: *El derecho a recibir formación de la empresa para una transición digital justa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2024

Esperanza Macarena Sierra Benítez..... 172-174

Recensión de la obra de Miguel Gutiérrez Pérez: *La nueva cotización al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y su contraste con las Mutualidades alternativas*, BOE, Madrid, 2024

Cristina Sánchez-Rodas Navarro 175-177

Recensión de la obra de Bárbara Torres García: *La prevención de riesgos laborales en el trabajo a distancia y el teletrabajo*, Aranzadi, Las Rozas, 2024

Esperanza Macarena Sierra Benítez..... 178-179



Tribuna



El permiso retribuido de cinco días para cuidadores: la legislación luxemburguesa un ejemplo para la supervivencia de las Pymes españolas

FIVE-DAY RETRIBUTED CARETAKER'S LEAVE: THE LUXEMBOURGIAN LEGISLATION AN EXAMPLE FOR THE SURVIVAL OF SMALL AND MEDIUM-SIZE COMPANIES

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

csrodas@us.es  0000-0001-9780-7860

Recibido: 02.06.2024 | Aceptado: 02.06.2024

La Directiva 2019/1158 relativa a la Conciliación de la Vida Familiar y la Vida Profesional de los Progenitores y los Cuidadores prevé en su Considerando 27 que cada trabajador¹ ha de poder disfrutar de un “permiso para cuidadores”² de cinco días al año con el “fin de ofrecer más oportunidades de permanecer en el mercado de trabajo a los hombres y las mujeres con responsabilidades en el cuidado de familiares”.

El previsible incremento de la necesidad de cuidados no profesionales es la justificación esgrimida por el legislador de la Unión Europea para regular este permiso, idea también presente en el Considerando 7 de la Directiva. Necesidad que derivará principalmente de lo que se denomina el “envejecimiento a la europea” –caracterizado no sólo por un incremento del número de personas de edad avanzada, sino por una auténtica modificación de la pirámide de población– y que plantea innumerables desafíos al Estado del Bienestar. De hecho, ya en el siglo pasado se planteó el debate sobre si afrontar este tipo de situacio-

1. Determinar quiénes han de calificarse como trabajadores a efectos de la Directiva 2019/1158 no es cuestión pacífica ante la ambigüedad de la redacción de la Directiva que ha de ser interpretada a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cfr. Sánchez-Rodas Navarro C.: “Los conceptos de trabajador/a en la Directiva 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores: zonas grises”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 38, 2024, pp. 41-63.

2. Artículo 3.1.c) de la Directiva 2019/1158: “Permiso para cuidadores: ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores a fin de prestar cuidados o ayuda personales a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro”.

nes es una obligación moral (tesis conservadora) que ha de recaer sobre la familia o sobre los propios sujetos; o bien ha de ser responsabilidad de los poderes públicos (tesis socialdemócrata).

En la práctica, la familia –a la que González Ortega calificó como la protección social invisible³– sigue desempeñando un papel fundamental para afrontar aquellas situaciones a las que los poderes públicos no pueden dar una respuesta satisfactoria. Panorama que no va a cambiar significativamente con la Directiva 2019/1158 pues ésta no ha previsto soluciones que impliquen la asunción por parte de los Estados de esa carga, sino que traslada el problema a los allegados de la persona necesitada de cuidados. Y, además, de manera altruista porque la Directiva no impone en ninguno de sus apartados la obligación de que ese permiso para cuidadores sea retribuido. Simplemente “anima” a los Estados miembros para que introduzcan “una remuneración o prestación, a fin de garantizar que los cuidadores ejerzan realmente este derecho, en particular los hombres” (Considerando 32).

Consciente el propio legislador de la Unión Europea de que se podría ejercer un uso abusivo o fraudulento de este permiso para cuidadores, en el Considerando 27 de la Directiva se prevé que los Estados miembros puedan exigir una certificación médica previa de la necesidad de asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave. Desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, por tanto, nada impide que los Estados establezcan un control previo por parte de profesionales médicos de la necesidad real de recibir cuidados no profesionales por parte de los allegados del trabajador/a.

En la misma línea, y con objeto de limitar el impacto que la trasposición de la Directiva supondrá para los empleadores ésta fija un doble tope temporal en su duración: cinco días al año.

Y, con todo, plenamente consciente la propia Directiva de que su trasposición será especialmente gravosa para la pequeña y mediana empresa, su Considerando 48 exige, además, que “al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros deben velar por evitar imponer trabas de carácter administrativo, financiero o jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de microempresas y de pequeñas y medianas empresas, o una carga excesiva para los empleadores. Se invita, por tanto, a los Estados miembros a evaluar minuciosamente la repercusión de sus medidas de ejecución en las pymes, con el fin de garantizar la igualdad de trato para todos los trabajadores y que las pymes no se vean afectadas de manera desproporcionada por dichas medidas, prestando especial atención a las microempresas”.

La Directiva 2019/1158, como es bien sabido, se traspuso a la legislación española fuera de plazo⁴, pero eso no debiera ser excusa para que el gobierno español haya ignorado totalmente este Considerando 48 y obviado analizar el impacto y

3. González Ortega, S.: “La protección social de las situaciones de dependencia” en: González Ortega, S. y Quintero Lima, M. G. (coords.); *Protección social de las personas dependientes*, La Ley, Madrid. 2004, p.18.

4. De la Flor Fernández, M. L.: “La Directiva sobre conciliación y su trasposición en España”, *Temas Laborales*, núm. 168, 2023, pp. 41-43.

repercusión sobre las Pymes. Y es que, aunque se comparta plenamente la necesidad de implementar medidas que garanticen la igualdad real por razón de género a la hora de asumir cargas familiares, también hay que tener presente que el gasto derivado de que los trabajadores asuman el cuidado no profesional de un amplio elenco de allegados no puede recaer exclusivamente en los empleadores, sobre todo cuando se trata de pequeñas y medianas empresas que pueden ver peligrar su supervivencia cuando al incremento de impuestos y salarios se le añaden nuevos costes laborales.

En España, la trasposición del permiso para cuidadores ha conllevado incrementar en más del doble la duración de los permisos retribuidos por razones familiares del artículo 37.3.b) TRET, además de ampliar también el círculo de posibles sujetos causantes equiparando la pareja de hecho al matrimonio. Tampoco es ya imprescindible que exista vínculo de parentesco o afectividad puesto que el permiso retribuido también ha de ser concedido para prestar cuidados a cualquier persona que viva en el mismo hogar que el trabajador. Ante la laxitud legislativa los empleadores pueden verse obligados a conceder un permiso retribuido por el solo hecho de que una persona necesitada de cuidados opte por instalarse temporalmente con el trabajador/a para ser atendido, incluso teniendo recursos propios para sufragarse esos cuidados no profesionales en su propio hogar.

Llegados a este punto hemos de plantearnos la pregunta de si, concretamente, en el caso del permiso por cuidadores era obligatorio para España reformar el artículo 37.3.b) TRET y ampliar la duración de los permisos retribuidos por motivos familiares de dos a cinco días. A la doctrina científica no le ha suscitado dudas este punto y, sin embargo, a efectos puramente polemizadores cabe defender que no era preceptivo por cuanto la legislación española ya garantizaba dos días de permiso por una pluralidad de sujetos causantes, lo que implicaba que *de facto* con anterioridad al plazo de trasposición de la Directiva 2019/1158⁵ el número de días de permiso por causas familiares pudiera ser superior a cinco días al año. De hecho, la Directiva 2019/1158 no exige que se haya de reconocer cinco días por cada persona necesitada de cuidados en el mismo año, sino que se puedan disfrutar cinco días al año para prestar cuidados no profesionales.

Una de las diferencias más evidentes entre la Directiva 2019/1158 y su trasposición en España es que el legislador nacional no ha establecido ningún tope anual en cuanto al número de días que se pueden disfrutar de permiso retribuido para cuidadores y que dependerá, en última instancia, del número de potenciales sujetos causantes y sus condiciones médicas⁶: si en el mismo año un trabajador es abuelo, su madre se

5. Artículo 16.1 de la Directiva 2019/1158: "Los Estados miembros podrán introducir o mantener disposiciones que sean más favorables para los trabajadores que las establecidas en la presente Directiva".

6. Nieto Rojas, P.: "La trasposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del Real Decreto-ley 5/2023", *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7, 2023, p. 93: la legislación española "mejora en este punto la regulación comunitaria que establece un límite de cinco días anuales, habida cuenta que, en la transposición efectuada por el legislador español se reconoce el derecho de cinco días siempre que se produzca una causa que pueda motivar el permiso".

opera de la rodilla, su hermana del tiroides y un amigo que pasa temporadas con él es intervenido de una hernia tendría derecho a veinte días retribuidos por estas causas.

A mayor abundamiento, la legislación española no ha introducido ninguna cláusula que garantice al empleador que existe realmente una necesidad médica de prestar cuidados no profesionales y por cuánto tiempo. Sin lo cual decae la razón de ser del permiso que, no obstante, se ha de conceder: sería el caso, entre otros ejemplos y tan real como la vida misma, de parto hospitalario por el cual solicitan simultáneamente el permiso de cinco días todos los hermanos/as, cuñados/as y abuelos/as, aunque los cuidados que presten a la parturienta podrían no pasar de una simple visita.

Pero sin duda el punto álgido es la cuestión de si el permiso para cuidadores ha de ser retribuido. El artículo 8 de la Directiva 2019/1158 no obliga a los Estados a retribuirlo. El gobierno español, en cambio, hace recaer todo el peso económico sobre los empleadores, aunque tenía a su alcance otras opciones, por ejemplo:

- Que el cuidador/a cobrara una prestación de Seguridad Social durante los días de ausencia al trabajo.
- Mantener los dos días retribuidos de permiso ya existentes en la legislación española y añadir tres días de permiso no retribuido.
- O podría haber tomado como referente la trasposición de la Directiva 2019/1158 realizada por Luxemburgo:

En este Estado, el permiso para cuidadores se somete a un período de carencia: cinco días laborales por cada doce meses de trabajo.

Al tercer día de ausencia, como máximo, los trabajadores están obligado a entregar a su empleador un certificado médico atestiguando que se cumplen los requisitos de necesidad de cuidados o asistencia por parte del sujeto causante.

Y lo que es lo más importante: se comparten entre el Estado y los empleadores la carga económica del permiso puesto que el Estado luxemburgués reembolsa al empleador el cincuenta por ciento de los costes salariales ocasionados por el disfrute del permiso para cuidadores.

Bibliografía

- De la Flor Fernández, M. L.: "La Directiva sobre conciliación y su trasposición en España", *Temas Laborales*, núm. 168, 2023.
- González Ortega, S.: "La protección social de las situaciones de dependencia" en: González Ortega, S. y Quintero Lima, M. G. (coords.); *Protección social de las personas dependientes*, La Ley, Madrid. 2004.
- Nieto Rojas, P.: "La trasposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del Real Decreto-ley 5/2023", *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7, 2023.
- Sánchez-Rodas Navarro C.: "Los conceptos de trabajador/a en la Directiva 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores: zonas grises", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 38, 2024.



Artículos doctrinales



Teletrabajo transfronterizo y Seguridad Social: conexión problemática*

CROSS-BORDER TELEWORKING AND SOCIAL SECURITY: PROBLEMATIC CONNECTION

Carlos García de Cortázar y Nebreda

Vicepresidente de la Asociación Española de Sanidad y Seguridad Social

cortazarmillan@yahoo.es  0000-0001-8985-3891

Recibido: 08.05.2024 Aceptado: 01.06.2024

RESUMEN

El autor examina las nuevas formas de trabajo, especialmente el teletrabajo transfronterizo, que se han desarrollado a partir de la epidemia del COVID. Recuerda la problemática de la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social para más de un millón y medio de fronterizos que tuvieron que reconvertirse en teletrabajadores. Explica cómo, en todo momento, se intentó que se mantuviera el statu quo en materia de Seguridad Social para evitar un caos administrativo que podría ser propiciado por el cambio sustancial de la situación de los extrabajadores fronterizos que hasta el advenimiento de la pandemia cotizaban en el Estado de empleo y que al pasar a ejercer como teletrabajadores desde su domicilio, podían quedar acogidos a la Seguridad Social del Estado de residencia. Se analiza asimismo el Acuerdo Marco relativo a la Aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) 883/2004. Finalmente presenta una serie de recomendaciones para evitar que el teletrabajo transfronterizo se ralentice como consecuencia de una aplicación demasiado conservadora de las normas de conflicto de la coordinación de la Seguridad Social por parte de los Estados y las Instituciones europeas.

ABSTRACT

The author examines the new forms of work, especially cross-border teleworking, which have developed since the COVID epidemic, and recalls the problem of determining the applicable legislation on Social Security, especially for more than a million and a half border workers who had to become teleworkers with the pandemic. He explains how at all times the authorities tried to maintain the status quo in the field of Social Security to avoid administrative chaos that could be caused by the substantial change in the situation of extra-border workers who until the advent of the Pandemic were contributing in the State of employment and that subsequently,

PALABRAS CLAVE

Teletrabajo
Estado competente
Estado de residencia
Covid
Acuerdo Marco relativo a la Aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento 883/2004

KEYWORDS

Telework
Competent State
State of residence
Covid
Framework Agreement on the application of Article 16 (1) of Regulation 883/2004

* El artículo no ha sido desarrollado al amparo de las actividades de un grupo de investigación.

to exercise as teleworkers from home, could be transferred to the Social Security of the State of residence. He also analyzes the Framework Agreement on the Application of article 16(1) of Regulation (EC) 883/2004. Finally, he presents a series of recommendations to prevent cross-border teleworking from slowing down as a result of an overly conservative application of the conflict rules of Social Security coordination by the States and the European Institutions.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO Y LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES
- III. TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO Y REGLAMENTO ROMA 1
 - A. Teletrabajo transfronterizo y legislación nacional
- IV. TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO Y ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE TELETRABAJO (AMET)
- V. TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO, COVID Y SEGURIDAD SOCIAL
- VI. ACUERDO MARCO RELATIVO A LA APLICACIÓN DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 16 DEL REGLAMENTO (CE) 883/2004
 - A. Consideraciones Generales
 - B. Recomendaciones
- VII. CONCLUSIÓN
Bibliografía

*I was sent to steal her money
Take her rings and run
But I fell in love with the lady
Came away with none¹*

I. INTRODUCCIÓN

El científico y escritor Arthur C. Clark² afirmó en una conferencia que, en el futuro, un cirujano en un Continente podría operar a un paciente hospitalizado en otro Continente. Me imagino al lector un poco sorprendido ante esta obviedad que nada aporta al conocimiento actual.

Tiene razón. Quizás lo más importante me lo he llamado intencionadamente. Desvelemos el misterio. Esta declaración se realizó en el año 1964. Y ese es precisamente su mérito.

Ya en 1980, el ensayista Alvin Tofler en su obra *“La tercera Ola”* popularizó la idea de la “casa de campo electrónica” que “desplazaría literalmente millones de puestos de trabajo de las fábricas y oficinas al hogar”.

El término “teletrabajo” fue acuñado en 1976 por Jack Nilles³, ingeniero de la NASA que argumentaba que el problema de congestión que azotaba a las ciudades americanas

1. Tim Hardin: Fui a robarle el dinero / Y las joyas a la dama / Me enamoré por entero / Me marché sin nada (traducción del autor).

2. Es autor de múltiples relatos entre los que destaca *Cita con Rama*. Es también el guionista del film de Stanley Kubrik 2001 *Una Odisea del espacio*.

3. “The Telecommunications Transportation Tradeoff”.

podría resolverse descentralizando las actividades de oficina en centros más pequeños que se comunicaría a través de mensajeros humanos. La idea surgió como respuesta a la escasez de combustible que se produjo en Estados Unidos en 1973 por el embargo de petróleo decretado por los exportadores árabes a los países que apoyaban a Israel en la guerra de Yom Kipur. Nilles sostenía que “si uno de cada siete trabajadores no tuviera que desplazarse a su sitio de trabajo, Estados Unidos no tendría la necesidad de importar petróleo”.

El inicio de Internet puede remontarse al año 1969, cuando el Departamento de Defensa de los Estados Unidos desarrolló ARPANET, una red de ordenadores creada durante la Guerra Fría cuyo objetivo era eliminar la dependencia de un Ordenador Central y así hacer menos vulnerables las comunicaciones militares norteamericanas. Sin embargo, no puede hablarse realmente de Internet, tal como lo conocemos actualmente, hasta 1983 con la incorporación del protocolo CP/IP⁴ y posteriormente en 1989 con los nuevos recursos HTML, HTTP y el programa Web Browser ⁵.

La evolución de Internet y de la digitalización ha sembrado incertidumbre el futuro de los derechos sociales y ha planteado una serie de incógnitas sobre el mercado laboral, especialmente con el advenimiento de la Inteligencia Artificial.

En este sentido, comparto las reflexiones de Giuseppe Ludovico⁶: “contrariamente a lo que suele creerse, la relación entre el derecho laboral y el progreso tecnológico no constituye una novedad, habiendo representado la evolución tecnológica la principal premisa genética del derecho laboral si consideramos la primera revolución industrial, que generó las condiciones socioeconómicas de nacimiento del derecho laboral, como un momento de radical transformación tecnológica de los sistemas de producción. El progreso tecnológico ha representado el “eterno compañero de viaje” del Derecho del Trabajo, mientras que lo que ha cambiado a lo largo del tiempo ha sido la reacción a los repetidos cambios tecnológicos, que hasta los años sesenta fue sumamente positiva, ya que el progreso tecnológico constituía un fuerte factor de mejora de las condiciones de seguridad en el empleo (...) los mitos tradicionales del Derecho del Trabajo, empezaban a resquebrajarse debido a la capacidad del factor tecnológico de afectar a las coordenadas fundamentales del trabajo, como el tiempo, el lugar y el modo de ejecución de la prestación”.

II. TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO Y LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

Nada mejor, a la hora de precisar lo que denominamos teletrabajo transfronterizo, que utilizar la definición contenida en el Acuerdo marco (al que nos referiremos más

4. TCP/IP es un conjunto de reglas estandarizadas que permiten a los equipos comunicarse en una red como Internet.

5. El HTTP define cómo se formatean y transmiten los mensajes y qué acciones deben tomar los servidores web y navegadores en respuesta a varios comandos. HTML es un lenguaje de programación que forma parte de la mayoría de las páginas web y aplicaciones en línea.

6. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Recensión de la obra de Giuseppe Ludovico: *Lavori agili e subordinazioni*”, e-Revista Internacional de la Protección Social, vol. 8, núm. 2, 2023, pp. 286-292.

adelante) relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual⁷: “toda actividad que pueda ejercerse desde cualquier lugar y que podría realizarse en los locales o en el domicilio del empleador y que se lleva a cabo en uno o varios Estados miembros distintos de aquel en el que están situados los locales o el domicilio del empresario, y que se basa en las tecnologías de la información para permanecer conectado con el entorno de trabajo del empleador o de la empresa, así como con los interesados/clientes, a fin de cumplir las tareas que el empleador o los clientes asignen al trabajador, en el caso de los trabajadores por cuenta propia”.

Antes de continuar, creo que ha llegado el momento de aclarar las razones que me han llevado a escribir este artículo. No pretendo presentar una serie de problemas (generales y/o concretos) y buscar soluciones mágicas al respecto. De ningún modo. Maestros tiene la Iglesia y yo, a pesar de mi edad proveya, no he llegado más que a monaguillo. Mi propósito más que doctrinal es simplemente divulgativo y tiene como objetivo abrir el apetito de los otros. Por eso me voy a limitar a plantear una serie de interrogantes muy abiertos que revuelan en mi cerebro y que me gustaría compartir. Vayamos al grano.

Como experto en Derecho Europeo me preocupa la conexión del teletrabajo transfronterizo con la libre circulación de trabajadores y con la Seguridad Social de los trabajadores que se desplazan en el territorio de la Unión. Nos encontramos en una época que se han incrementado geométricamente las migraciones físicas y también las virtuales. Estas últimas pueden plantear la necesidad de acomodar los ordenamientos nacionales y europeos al reto de la digitalización.

Para enmarcar el tema nada mejor que buscar un ejemplo virtual que podríamos denominar extremo y hasta excesivo para que nos ayude a seguir el *iter* narrativo. Soy consciente que podrían presentarse muchos otros supuestos menos dudosos y de más fácil solución. Lo admito. Sin embargo, como mi intención es estimular la reflexión y el debate me permito entrar en cierta desmesura. Actúo con ventaja.

Supongamos el caso de un trabajador de nacionalidad española que siempre ha residido en nuestro país y que teletrabaja como traductor para una empresa francesa, cuya sede social se encuentra en Toulouse. Nadie dudará de que es un teletrabajador, aunque podríamos presentar objeciones en relación con el calificativo transfronterizo aplicado al trabajador. En efecto, la persona no se desplaza de un país a otro ni existe movilidad personal interestatal. En cambio, sí que existe un traslado virtual de los resultados de una actividad. Por ello, parece difícil enmarcar a dicho trabajador dentro de la categoría de migrante en la acepción de la Real Academia como “persona que se traslada desde el lugar en que se habita a otro diferente”, lo que llevado al supuesto transfronterizo implicaría traslado de un Estado a otro. En cambio, siguiendo los postulados de la Real Academia que define el adjetivo transfronterizo en el sentido de “que opera por encima de las fronteras”, podríamos llegar a concluir que no es el trabajador el que es transfronterizo sino el servicio que presta dicho trabajador.

7. BOE núm. 185, de 4 de agosto de 2023, pp. 115367-115369.

Recordemos que cuando el legislador comunitario aprobó el Tratado de Roma⁸, estableciendo la libre circulación de trabajadores, en la inmensa mayoría de los casos el puesto de trabajo y el desarrollo de la actividad laboral coincidían con carácter general. Por ello, si se examina el artículo 48 del Tratado de Roma (actualmente artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁹) encontraremos dificultades para enmarcar al citado teletrabajador español en los presupuestos del referido precepto. En efecto, los elementos constitutivos de la libre circulación de los trabajadores se basan en el hecho de que exista una movilidad real transfronteriza, característica ésta que diferencia el trabajo de los migrantes y de los sedentarios. Para que no existan dudas, el artículo 49, al describir lo que se entiende como libre circulación de trabajadores, hace referencia a un escenario múltiple y progresivo que se articula a través de tres acciones determinadas:

- Desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros.
- Residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales.
- Permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión.

Sin embargo, en una interpretación muy estricta del precepto comunitario, los teletrabajadores transfronterizos, al menos los propiamente puros, es decir aquellos que teletrabajan en un Estado para un empresario de otro Estado sin presencia material en la empresa o centro de trabajo trasfronterizo, podrían tener dificultades jurídicas para ser considerados trabajadores migrantes.

Como señala Miranda Boto¹⁰, “la libre circulación de trabajadores fue concebida en un mundo industrial de movimientos de personas y trabajos físicos. La mutación de los medios de producción derivada del avance de las tecnologías de la información ha hecho que surjan nuevas situaciones para las que la normativa no está preparada. Ya no se trata tanto de los derechos vinculados a la libre circulación como de las consecuencias sobre la ley aplicable que su ejercicio puede conllevar”.

Es comprensible que los padres fundadores de las Comunidades Europeas no pudieran adivinar los cambios tecnológicos que se avecinaban. Ahora bien, tampoco otras disposiciones mucho más actuales han mostrado aprecio alguno por las nuevas tecnologías aplicadas al mundo del trabajo. Así, el Reglamento (UE) 492/2011 del

8. Firmado en: Roma (Italia) el 25 de marzo de 1957. Entrada en vigor: 1 de enero de 1958.

9. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Protocolos Anexos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 (Diario Oficial de la Unión Europea, C 202/1, de 7 de junio de 2016).

10. Miranda Boto, J. M.: “La libre circulación tras (¿?) la Covid-19. Retos en materia de restricciones”, *LABOS: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 1, 2022, pp. 47-69.

Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión¹¹ evita esta problemática. Baste con releer su artículo 1 que señala: “todo nacional de un Estado miembro, sea cual fuere su lugar de residencia, tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales de dicho Estado”. Sin embargo, en el teletrabajo transfronterizo la movilidad transnacional no opera obligatoriamente ni resulta imprescindible.

No dudo que pueden encontrarse soluciones asimilativas, alternativas o virtuales para superar esta supuesta incoherencia. Por supuesto podría afirmarse, y compraría esta consideración, que dado que nos encontramos con un trabajo virtual, también podría considerarse virtual el puesto de trabajo y hasta el Estado en el que se realizan las acciones virtuales. Lo que pretendo, simplemente, con estas reflexiones es incidir en la necesidad de revisar o de adaptar el Derecho del siglo XX para acomodarlo a las nuevas situaciones del siglo XXI.

III. TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO Y REGLAMENTO ROMA 1

Con el propósito de examinar la determinación de la legislación laboral e indirectamente de Seguridad Social, podríamos acudir Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma 1¹²) y concretamente a su artículo 8 que establece: “En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador”.

Y aquí surge una pregunta que ya no podemos evitar ¿Dónde se realiza un trabajo virtual?. Coincido con Carrascosa Bermejo¹³ cuando señala que “la mera presencia física del teletrabajador tecleando su portátil en un determinado lugar no lo convierte necesariamente en el lugar de trabajo”.

Conectemos el Convenio de Roma con el ejemplo que nos exponía Arthur C. Clark y que se citó al inicio de este artículo sobre una operación quirúrgica trasfronteriza. Para ello, me van a permitir un ejemplo inventado pero que puede ser real. En Francia (Nantes) un cirujano manipula los botones del robot Davinci que se encuentra en el Hospital La Paz. Un paciente es intervenido quirúrgicamente con éxito. Pues bien,

11. 27 de mayo de 2011, DOUE L 141/1.

12. DOUE núm. 177, de 4 de julio de 2008, pp.6-16.

13. Carrascosa Bermejo, D.: “Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 2, 2022, pp. 219-244.

la pregunta que podríamos formular es la siguiente: ¿Quién ha practicado la operación?. El robot o el programador. Vamos a aceptar que ha sido el cirujano. La siguiente pregunta resulta más compleja: ¿Dónde ha tenido lugar la operación? O todavía una cuestión más difícil de responder :¿Dónde se ha realizado el trabajo? Algunas personas podrían contestar que en Madrid desde Nantes. Es decir, puede existir una disociación espacial entre la actividad laboral y el resultado del trabajo o, lo que es lo mismo, un desacople entre una acción y sus consecuencias, un desajuste territorial entre causa y efecto entre trabajo y lugar de trabajo, una separación entre generación de frutos de trabajo y su materialización. En consecuencia, el postulado de que acción y lugar de trabajo son caras de la misma moneda física no puede aseverar con el teletrabajo. Por supuesto, esto no debería importar mucho en materia de Seguridad Social a nivel meramente nacional pero tiene una repercusión muy importante en los aspectos internacionales transfronterizos.

En este sentido, puedo extender a los teletrabajadores lo señalado por Contreras Hernández¹⁴ al referirse a los trabajadores desplazados transfronterizos: “ni las reglas conflictuales del Convenio de Roma 1 ni tampoco las legislaciones nacionales resultaban idóneas para responder a los problemas y desafíos relacionados con la ley aplicable al contrato de trabajo”. Y esto lo añado yo, ni para los desplazados ni para los teletrabajadores.

A. Teletrabajo transfronterizo y legislación nacional

Ya que hemos mencionado las legislaciones nacionales, evocando a Contreras Hernández, veamos la respuesta que ofrece nuestro ordenamiento nacional y, concretamente, en el artículo 7 de la Ley General de la Seguridad Social¹⁵ que establece: “estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional”.

Nos podíamos preguntar, aplicando una interpretación estricta de esta norma, si el teletrabajo o el trabajo a distancia quedarían comprendidos en el referido artículo. La respuesta nos la ofrece expresamente el referido precepto al añadir “y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes: a) Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo

14. Contreras Hernández, Ó.: “Desplazamiento de trabajadores y la revisión del Marco Legal Europeo: ¿el principio del fin del *dumping* social y la competencia desleal?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 69, 2021, pp. 601-650.

15. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.)

discontinuo, e incluidos los trabajadores a distancia, y con independencia, en todos los casos, del grupo profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral” .

Pues bien, el trabajo a distancia o mejor dicho, los trabajadores a distancia estarían incluidos en el campo de aplicación personal del sistema de la Seguridad Social siempre que residieran en España. Lo que implica, a sensu contrario, que estarían excluidos los que residieran (españoles o no nacionales) en el extranjero. En consecuencia, tendríamos que acudir a la legislación internacional (Reglamentos 883/2004¹⁶ y 987/2009¹⁷ o convenios bilaterales de Seguridad Social) para poder admitir en nuestra Seguridad Social a los teletrabajadores transfronterizos (españoles o no nacionales) residentes en otro Estado cuyo empleador o empresa estuviera radicada en España. Cuando menos parece incongruente dada la vis atractiva de nuestro sistema de protección social .

Ahora bien, podríamos extender el supuesto anterior a los trabajadores fronterizos (otra vez españoles y extranjeros) que desarrollan su actividad laboral en España pero son residentes fuera de nuestro territorio. Quizás, el legislador español, primigeniamente tan laboralista, debería proceder a una pequeña modificación para superar el carácter excesivamente territorialista de nuestra Seguridad Social que debe corregir determinados errores legislativos a través de la normativa internacional europea o bilateral.

Además, podría aprovecharse la modificación que se propone para, como señala Valdueza Blanco, introducir un cambio redaccional que sustituya la obsoleta referencia a “los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España” por “los extranjeros que se encuentren en situación de regularidad”, términos estos mucho más adecuados que los actualmente utilizados¹⁸.

IV. TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO Y ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE TELETRABAJO (AMET)

En realidad, el teletrabajo ha sido una materia que ha suscitado el interés de los interlocutores sociales desde hace varias décadas. De hecho, debe recordarse el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET) que fue firmado el 16 de julio de 2002 por los interlocutores sociales europeos CES, UNICE, CEEP Y UEAPME¹⁹, muy denostado,

16. Texto consolidado: Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (Texto pertinente a efectos del EEE y de Suiza) Texto pertinente a efectos del EEE: <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/883/2019-07->

17. Texto consolidado: Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (Texto pertinente a efectos del EEE y de Suiza)). ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2009/987/2018-01-01>.

18. Valdueza Blanco, M. D.: *La Seguridad Social en la jurisprudencia constitucional (1981-2020)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

19. El texto en inglés se puede encontrar en el documento Brussels, 2.7.200SEC(2008) 2178. Commission staffworking paper report on the implementation of the European social partners' {COM(2008) 412 final}.

a mi entender injustamente por la doctrina española, por su falta de obligatoriedad normativa, pero que a los fanáticos del Derecho de la Unión nos parece de gran interés ya que se trata del primer acuerdo europeo establecido por los propios interlocutores sociales en base al artículo 139 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) ²⁰. Sin embargo, mi pesar, más que mi crítica a este instrumento, es que no existe referencia alguna al elemento transfronterizo. Bueno, no se puede pedir todo. Por ello, comparto la reflexión de Sierra Benítez²¹ cuando señala que “consideramos que es necesaria una regulación concreta (del teletrabajo) que comprenda todas las especialidades del trabajo a distancia”. Pues bien, sumándome a esta declaración propongo que en la futura revisión del Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo de 2002 (AMET) se incluya un apartado específico para el teletrabajo transnacional.

V. TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO, COVID Y SEGURIDAD SOCIAL

En las dos primeras décadas del siglo XXI el teletrabajo transfronterizo fue desarrollándose de forma sosegada y silenciosa. Los problemas en el ámbito de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social se resolvían de una manera consensuada sin demasiadas estridencias. Y de repente estalló la pandemia con el cierre de fronteras y limitaciones a la movilidad geográfica y se implantó el teletrabajo en aquellos sectores que por su estructura así lo permitían (*teleworkability*²²).

En efecto, muchos trabajadores, especialmente los fronterizos quedaron anclados en su Estado de residencia trabajando *on line* para sus empresarios o empresas ubicados en otro Estado. Pasaron de ser un migrante clásico a ser, en el mejor de los casos, un migrante virtual, o un trabajador sedentario que desarrollaba su actividad en su Estado de residencia. Inmediatamente surgió la pregunta. ¿Donde trabaja el extrabajador migrante fronterizo, reconvertido, en su mayor parte, en virtual? ¿En su antiguo puesto de trabajo situado en la empresa donde prestaba sus servicios o en su hogar en el Estado de residencia?

El debate estaba servido: Estado de conexión o Estado de recepción o lo que es lo mismo Estado desde donde se teclea el ordenador o Estado de donde emana el poder de dirección del empresario. De la decisión que se adoptase dependería la determinación de la legislación competente en materia de Seguridad Social por aplicación

20. Actualmente, artículo 155 TFUE: “El diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito de la Unión podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos. 2. La aplicación de los acuerdos celebrados a nivel de la Unión se realizará, ya sea según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros, ya sea, en los ámbitos sujetos al artículo 153, y a petición conjunta de las partes firmantes, sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión. Se informará al Parlamento Europeo. El Consejo decidirá por unanimidad cuando el acuerdo en cuestión contenga una o más disposiciones relativas a alguno de los ámbitos para los que se requiera la unanimidad en virtud del apartado 2 del artículo 153”.

21. Sierra Benítez, E. M.: “Teletrabajo, uberización y robotización del trabajo: propuesta para un derecho del trabajo consistente (sólido, estable y duradero)”, *Ideides*, núm. 20.

22. Concepto utilizado por la Comisión Europea Science for policy briefs. *Telework in the EU before and after the COVID-19: where we were we head to*. The policy brief has been prepared by Santo Milasi, Ignacio González-Vázquez, and Enrique Fernández-Macías. It is part of a broader set of activities conducted by the COVID & Empl Working Group composed by researchers from the JRC, Eurofound, Cedefop and EU-OSHA.

del Título II del Reglamento 883/2004. Estado de empleo *versus* Estado de residencia o simplemente Estado de residencia y de empleo simultáneamente.

Esta dialéctica está muy acertadamente recogida por Pazó Argibay²³ cuando *señala que* “el trabajo desarrollado en régimen de teletrabajo debe considerarse realizado en el Estado de residencia del trabajador, desde donde este se conecta y desde donde utiliza los medios TIC para su desarrollo, o desde aquel otro Estado donde se ubica la empresa, desde donde se dan las indicaciones oportunas para la realización del trabajo, desde donde se organiza y se hace la recepción del mismo, en definitiva, desde donde el empresario ejerce su labor de supervisión y control”. Quizás la dificultad mayor que nos encontramos es que estamos utilizando conceptos físicos o territoriales que no cuadran con el teletrabajo *stricto sensu* en el que el espacio geográfico queda sustituido por un espacio virtual que se almacena o estaciona en la nube.

Remontémonos al pasado y rememoremos la epidemia del coronavirus y sus repercusiones en la Seguridad Social transfronteriza. Para conocer la magnitud del problema tenemos que cuantificar la problemática. Por aquel entonces se cifraba en más de un millón y medio los trabajadores fronterizos²⁴ que realizaban su actividad laboral en un Estado miembro y residían en otro. De repente las fronteras se bloquean y el teletrabajo se implanta como única salida para enfrentarse a una catástrofe sin precedente. Estos trabajadores fronterizos²⁵ o mejor dicho exfronterizos se encontraban en una situación novedosa y crítica. Ya no realizaban su actividad laboral en el Estado donde se encontraba su empresa sino que teletrabajaban en su Estado de Residencia. En realidad, hay que comprender que no era el momento para disquisiciones teóricas, como las que proponemos en el presente trabajo, sobre si el Estado competente a los efectos de la Seguridad Social debía ser el de residencia o el de la sede de la empresa ni sobre si la regla de conflicto *lex loci laboris* permitía aproximaciones virtuales. Por encima de todo había que mantener en lo posible el “*statu quo*” anterior a la pandemia para evitar un desastre administrativo con cientos de miles de asegurados que de la noche a la mañana debían trasladar su afiliación de un Estado (donde realizaban antes de la pandemia su actividad laboral) a otro Estado (el de residencia), con las consiguientes dificultades de gestión para trabajadores pero sobre todo para los empresarios y para las Entidades Gestoras.

En efecto, en una situación de emergencia, no resultaba factible que los empresarios, además del reto de supervivencia estructural al que tenían que enfrentarse, tuviesen que iniciar un proceso de desafiliación y nueva afiliación de sus trabajadores, adaptándose asimismo a las nuevas reglas de cálculo e ingreso de cotizaciones en un Estado y con unas Instituciones que le eran ajenas. Todo ello, sin contar con la

23. Pazó Argibay, J. M.: “Ley de Seguridad Social aplicable al teletrabajo transfronterizo. Una aproximación al Acuerdo Marco sobre Teletrabajo Transfronterizo en la UE, EEE y Suiza”, *Temas Laborales*, núm. 170, 2023, pp. 115-137.

24. Datos extraídos de la publicación *2019 Annual report on intra-EU labour mobility. Final report*, January 2020, European Commission. Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion Directorate D –Labour Mobility Unit D1 – Free movement of workers, EURES.

25. Artículo 1, letra f del Reglamento 883/2004: «trabajador fronterizo»; toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y resida en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana.

desprotección o demora en la protección de unos trabajadores que se verían abandonados precisamente en uno de los momentos más duros de su vida.

Lo que se pretendió por parte de las autoridades nacionales y de la Unión es que la situación en materia de Seguridad Social para los trabajadores, especialmente los fronterizos reconvertidos en teletrabajadores no quedara alterada y que no hubiese un cambio de Estado competente, manteniéndose la situación de antes de la pandemia.

Una solución ingeniosa que se barajó en su día fue la conversión de los referidos trabajadores fronterizos en desplazados, en una especie de ficción jurídica que quizás no fuera muy rigurosa pero que venía a ofrecer una solución práctica a la problemática descrita. Téngase en cuenta que en caso de aplicación escrupulosa del artículo 11, apartado 3, letra a) del Reglamento 883/2004 (“una persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro”) el cambio de Estado competente, sería un hecho irreversible. Pues bien, en una pirueta jurídica se planteó por algunos expertos que podría entenderse que el teletrabajador podría trasmutarse en trabajador desplazado, aplicándose el artículo 12 del Reglamento 883/2004 (desplazamiento de trabajadores). Con ello se mantendría la legislación del anterior Estado de empleo. Sin embargo, no prosperó esta tesis ya que se consideró que no había prestación real de servicios ni destinatario de servicios en el Estado miembro de origen. No obstante, acabada la pandemia, se procedió a una interpretación más extensa del artículo 12 del Reglamento 883/2004 y se admitieron algunos supuestos muy concretos que podrían enmarcarse en este precepto²⁶.

Como las instituciones nacionales afectadas divergían en relación con la decisión a adoptar y con el fin de unificar criterios, la Comisión Administrativa aprobó el 17 de junio de 2020 la Nota de orientación sobre la pandemia de COVID-19, completada con la Nota relativa a la interpretación de la aplicación del título II del Reglamento (CE) 883/2004 y de los artículos 67 y 70 del Reglamento (CE) 987/2009 durante la pandemia de COVID, que no fueron publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea, con objeto de permanecer flexible y ampliar los plazos a la vista del difícil contexto existente²⁷. Estas actuaciones se basó, en cuanto a su fundamentación, en el concepto

26. Un empleador tiene que cerrar algunas dependencias del edificio de oficinas para renovarlas. Se envía a su domicilio a toda la plantilla que trabaja en estas dependencias para que teletrabajen. El empleado solo puede seguir trabajando desde casa porque, por ejemplo, tiene que cuidar a hijos enfermos, familiares ancianos o hijos pequeños, o bien es la pareja de una persona que tiene que hacerlo (de lo contrario, este empleado tendría que acogerse, por ejemplo, a permisos remunerados o no remunerados y ya no estaría en condiciones de ejercer el trabajo, lo que es importante para el empleador). Un empleado se pone de acuerdo con el empleador en que teletrabajará durante las cuatro semanas siguientes para concentrarse mejor en un proyecto específico. Un empleado permanece en el lugar de vacaciones y empieza a teletrabajar allí durante un mes más antes de regresar a casa y reanudar su trabajo en la oficina.

27. Posteriormente se procedió a una recopilación de notas que fueron publicadas e conjuntamente en la Decisión H 14 de 21 de junio de 2023, nota C/2024/594 relativa a la publicación de la Nota de orientación sobre la pandemia de COVID-19, la Nota relativa a la UNICQA de la aplicación del título II del Reglamento (CE) 883/2004 y de los artículos 67 y 70 del Reglamento (CE) 987/2009 durante la pandemia de COVID-19, la Nota orientativa sobre el teletrabajo aplicable al período entre el 1 de julio de 2022 y el 30 de junio de 2023, y la Nota orientativa sobre el teletrabajo aplicable a partir del 1 de julio de 2023. DOUE de 11 de enero de 2024.

de fuerza mayor acuñado por el Tribunal de Justicia²⁸, según la cual puede invocarse esta figura jurídica si el incumplimiento de las obligaciones legales es el resultado de circunstancias ajenas, anormales e imprevisibles, cuyas consecuencias no habrían podido evitarse a pesar de haber actuado con toda la diligencia. Por tanto, para evitar la catástrofe administrativa que se podría originar, se recomendó que el teletrabajo en el Estado miembro de residencia como consecuencia de la pandemia, no diera lugar a un cambio de la legislación aplicable.

Indirectamente, al aplicar la sentencia Perrota se estaba presuponiendo y dando por sentado que los trabajadores fronterizos reconvertidos en teletrabajadores debían teóricamente estar afiliados y cotizar en su Estado de residencia y no en el de Empleo en el que prestaban sus servicios con anterioridad a la pandemia de coronavirus. Lo que se hace, por tanto, es derogar la norma general ante la *force majeure*.

La Comisión Administrativa acordó que, a partir del 1 de julio de 2022, ya no había motivos de fuerza mayor. Por ello, en junio de 2022, se adoptó una nota de orientación sobre el teletrabajo, decidiéndose recomendar un período de transición durante el cual no se produciría ningún cambio en la legislación aplicable. Este período transitorio, cuya vigencia en un principio se estableció hasta el 31 de diciembre de 2022, se prorrogó hasta el 30 de junio de 2023. Al mismo tiempo, fue creado, durante el período transitorio, un grupo *ad hoc* para examinar la cuestión del teletrabajo y debatir más a fondo, entre otras cosas, la interpretación de los artículos 12, 13 y 16 del Reglamento (CE) 883/2004. En junio de 2023, la Comisión Administrativa adoptó una nueva Nota orientativa sobre el teletrabajo aplicable a partir del 1 de julio de 2023²⁹.

VI. ACUERDO MARCO RELATIVO A LA APLICACIÓN DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 16 DEL REGLAMENTO (CE) 883/2004

Terminada la epidemia del coronavirus y recuperada la normalidad, se constató que el teletrabajo transfronterizo había sufrido un incremento geométrico cuyas repercusiones en el ámbito de la Seguridad Social debían ser consideradas y reguladas. Ahora bien, si se retornaba a la aplicación estricta del Título II del Reglamento 883/2004 se debía proceder a un cambio sustantivo del Estado Competente que pasaría a ser, en muchos casos, el de residencia.

Probablemente, para evitar un conflicto que perjudicase a trabajadores y empleadores y de paso ralentizase el teletrabajo como modalidad laboral de futuro, se adoptó el Acuerdo Marco³⁰ relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) 883/2004³¹ en los casos de teletrabajo a transfronterizo habitual que ha sido suscrito por más de 20 Estados de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo.

28. STJUE de 13 de julio de 1995, C-391/93, Umberto Perrota (ECLI:EU:C:1995:240).

29. Ver nota 27.

30. Una información detallada del Acuerdo Marco se puede encontrar en el magnífico artículo de José Manuel Pazó Argibay, ver nota 23.

31. BOE núm. 185, de 4 de agosto de 2023, pp. 115367-115369.

El campo subjetivo de dicho Acuerdo comprendería a aquellos teletrabajadores por cuenta ajena (los trabajadores autónomos no están incluidos) que, realizan su actividad virtual en su Estado de residencia en la franja entre el 25 % (menos de este porcentaje implicaría la aplicación de la Seguridad Social automáticamente del Estado de empleo) y el 50 %. Por encima de este umbral, el Estado de residencia es el competente. La base jurídica utilizada fue el artículo 16.1 del Reglamento 883/2004³².

La Comisión Administrativa, con la adopción de este Acuerdo Marco buscó una posición intermedia entre los diferentes Estados Miembros, ofreciendo la voluntariedad en la aplicación del mismo que es el elemento esencial del artículo 16 del Reglamento 883/2004, a la espera de que el grupo ad hoc creado para regular el teletrabajo y cuya vigencia expirará el 31 de diciembre de 2024, pueda ofrecer criterios comunes, esperemos que claros, sobre esta materia.

En la base del Acuerdo subyace la tesis clásica de que la *lex loci laboris* supone que, en los supuestos del teletrabajo puro, es decir aquel que se realizaba totalmente de forma no presencial, el Estado competente era el de residencia que a su vez debe ser considerado simultáneamente como el de empleo porque la actividad digital se realizaba en dicho Estado.

Realmente, después de la pandemia, el teletrabajo puro se redujo de manera considerable y dio paso a lo que denominaríamos teletrabajo híbrido, es decir aquel que combina trabajo en remoto o a distancia y presencial. Y es esta forma la que se ha popularizado (2/3 días teletrabajo, 2/3 días presencia física en el puesto de trabajo o en la empresa). Y aquí surge la duda metódica por la aplicación endiablada del Reglamento 883/2004 que establece una regulación específica³³ cuando se ejerza una actividad en dos o más Estados Miembros (en el supuesto del teletrabajo, el virtual en el Estado de residencia y el real en el Estado de empleo). A este respecto no creo que el legislador europeo se plantease esta situación en la que convivieran trabajo virtual y trabajo presencial pero el experto en Derecho de la Unión y especialmente la Comisión Europea, es un maestro en utilizar la fantasía para buscar subterfugios que permitan el mantenimiento de un statu quo, aunque sea ficticio, hasta que el Tribunal de Justicia dicte una sentencia que le obligue a actuar de manera decisiva.

En consecuencia, y en base a la interpretación³⁴ que se hace del artículo 13 del Reglamento 883/2004 (ejercicio de una actividad en más de dos Estados Miembros), una persona que trabaja en el Estado miembro de residencia al menos el 25 % de su jornada laboral u obtiene en él al menos el 25 % de su remuneración, debería estar afiliada en el referido Estado de residencia. Pues bien, si aplicáramos esta interpretación, asimilando el trabajo virtual al presencial y con el umbral del 25 %, muchos de los teletrabajadores transfronterizos deberían pasar a depender, en materia de

32. Dos o más Estados miembros, las autoridades competentes de dichos Estados miembros o los organismos designados por dichas autoridades podrán prever de común acuerdo, y en beneficio de determinadas personas o categorías de personas, excepciones a los artículos 11-15.

33. Artículo 13 del Reglamento 883/2004.

34. Ver Comisión Europea: *Guía práctica sobre la legislación aplicable en la Unión Europea (UE), el Espacio Económico Europeo (EEE) y Suiza*. Social Europe..

Seguridad Social, al Estado de residencia, lo que originaría múltiples problemas a los asalariados y, sobre todo a los empresarios, que deberían cotizar en virtud de una legislación en un Estado que no es el suyo. El resultado sería previsible: al ser el teletrabajo voluntario y consensuado entre trabajadores y empleadores, los empresarios decidirían, quizás en un gran número, prescindir de esta forma de trabajo o lo limitarían de manera que no se superase el referido umbral del 25 % para mantener la Seguridad Social del Estado de empleo.

Resulta fácil criticar el Acuerdo Marco desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, debe reconocerse que los propios autores del mismo eran conscientes de que había que dar una respuesta aunque fuera provisional a una problemática real, de fondo, como es la determinación del Estado competente en el caso del teletrabajo transfronterizo con las herramientas con las que se contaba. A este respecto, nadie puede dudar de que se trata de un parche o remiendo para evitar que las diferencias de criterio entre los Estados Miembros creasen un caos administrativo en las que cada Estado mantuviese una opinión propia. Téngase en cuenta que la aplicación de un Reglamento, por su propia esencia, no puede dar lugar a interpretaciones distintas y encontradas sobre un mismo tema.

Valga esta aclaración, como reconocimiento previo a los autores de este Acuerdo por el esfuerzo realizado por el que se ha priorizado la acción a la omisión. Y este siempre es de agradecer porque es un signo de valentía. Sin embargo, no puede obviarse una reflexión, que no crítica que se resume en los siguientes puntos que, probablemente serían compartidos por muchos de los redactores del Acuerdo:

- Se establece un precedente peligroso de geometría variable en la que se privilegia a unos colectivos concretos (los teletrabajadores) que podrían optar entre la legislación de su Estado de residencia y la del Estado de empleo mientras que otros trabajadores con un trabajo más clásico que realicen su actividad laboral (no teletrabajo) en más del 25 % en su Estado de residencia no podrían acogerse a la legislación del Estado de Empleo. Además, al tratarse de un Instrumento jurídico abierto a la ratificación de los Estados Miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo no se aplicará a todos los trabajadores de ese colectivo (solo los que su residencia se encuentre en un Estado signatario y la sede o el domicilio de la empresa o empleador esté situado en otro Estado signatario). Me adhiero a lo señalado por Felten³⁵ sobre el inicio o desarrollo de una Europa a dos velocidades o con velocidades variables.
- Introduce, *a sensu contrario*, la presunción "*iuris tantum*" que el teletrabajo ejecutado en un más del 50 % en el Estado de residencia implica la aplicación automática de la regla de conflicto *ius loci laboris*, lo que va a condicionar el futuro del debate sobre el Estado competente en el teletrabajo.

35. Felten, E.: "Cross-border telework", presentado en Bruselas en la conferencia anual de Moves el 30 de noviembre de 2023.

- Se utiliza una excepción, jurídicamente en teoría correcta, el artículo 16 del Reglamento 883/2004 como fundamento legal, cuya articulación no estaba prevista para estas situaciones. Además, si bien estaba justificada durante la pandemia la derogación de algunos preceptos del propio Reglamento (legislación aplicable), la *force majeure* no es aplicable a una etapa, como la actual, de normalidad.
- Apoyo nuevamente a Felten en el sentido de que no existe una justificación legal proporcionada para la adopción de una excepción que, como ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia, debe ser siempre restrictiva. Bien es verdad que uno de los propósitos de este Acuerdo, si no el más importante, es facilitar a los empresarios las gestiones administrativas en el ámbito de la Seguridad Social para evitar que, en algunos casos, se ponga fin al teletrabajo. Sin embargo, ¿es esta una justificación legal? Claro está que puede argumentarse que es un procedimiento voluntario instado por los propios trabajadores. Ahora bien, esta opción no es totalmente libre ya que subyace el peligro, si los trabajadores no se acogiesen a esta fórmula, de que los empleadores decidiesen eliminar el teletrabajo o bien recortarlo a un día a la semana (20 % de la actividad laboral en el Estado de residencia). No puede excluirse una cierta presión empresarial.
- Indirectamente este Acuerdo Marco se está basando en la sentencia recaída en el asunto Format³⁶ que en su considerando 32 señala: “en determinadas situaciones particulares, existe el riesgo de que la aplicación pura y simple de la regla general contemplada en el artículo 13, apartado 2, letra a), de este Reglamento no evite, sino, al contrario, origine, tanto para el trabajador como para el empresario y los organismos de Seguridad Social, complicaciones administrativas que podrían tener como efecto obstaculizar el ejercicio de la libre circulación de las personas a quienes se aplica dicho Reglamento”.

Pues bien, pasar de una situación particular a una general que afecta a miles de trabajadores es un peligro que puede afectar a la propia esencia del Reglamento. Además, no creo que este Acuerdo esté eliminando algunos obstáculos a la libre circulación de trabajadores, sino más bien, como mucho, a una forma de libre circulación de trabajadores.

Por el contrario, una regla clara sobre la Seguridad Social de los teletrabajadores podría potenciar la libre circulación.

De todos modos, suscribo lo dicho por Pauw y Verschueren³⁷: “la Comisión Administrativa ha vuelto a desempeñar un papel clave en la seguridad social transfronteriza, respondiendo a las necesidades de las partes interesadas y ofreciendo seguridad jurídica en una situación en la que el legislador europeo no fue capaz de reaccionar con suficiente rapidez”.

36. STJUE de 4 de octubre de 2012, C-115/11, Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe (ECLI:EU:C:2012:606). STJUE de 20 de mayo de 2021, C-879/19, FORMAT Urządzenia i Montaż Przemysłowe (ECLI:EU:C:2021:409).

37. De Pauw, B. y Verschueren, H.: “The Framework Agreement on the Applicable Social Security Law in case of habitual cross-border telework after the pandemic”, *ERA Forum*, 2023, 24:467-480. <https://doi.org/10.1007/s12027-023-00766-5>.

A. Consideraciones generales

Para algunos expertos, el teletrabajo no se diferencia, a la hora de determinar la legislación y el Estado competente, del trabajo presencial, por lo que serían de aplicación los artículos 11, 12 y 13 del Reglamento 883/2004, sin que sea necesario una modificación o interpretación especial de los referidos preceptos. Teclear en el ordenador personal es una actividad laboral como cualquier otra y el hogar es un puesto de trabajo similar al ubicado en cualquier empresa clásica. Que los resultados de este trabajo se transmitan digitalmente no modifica la esencia de la *lex loci laboris* por lo que el Título II del Reglamento sería aplicable sin especificidades al trabajo en remoto.

Para apoyar esta tesis se cita al Tribunal de Justicia y concretamente a la sentencia recaída en el asunto Partena³⁸ que establece en sus considerandos:

- “El concepto de «lugar de ejercicio» de una actividad no depende de las legislaciones de los Estados miembros, sino del Derecho de la Unión y, por ende, de la interpretación dada por el Tribunal de Justicia.
- En efecto, si este concepto dependiera también de las legislaciones de los Estados miembros, el criterio que articula podría ser objeto de definiciones o interpretaciones contradictorias por parte de éstos y, con respecto a una persona determinada, dar lugar a la aplicación acumulativa de varias legislaciones a una misma actividad. Pues bien, tal acumulación entrañaría el riesgo de hacer recaer en el interesado una doble cotización a la Seguridad Social por los mismos rendimientos y penalizaría al trabajador que ha ejercido su derecho a la libre circulación consagrado por el Derecho de la Unión, lo que sería manifiestamente contrario a los objetivos del Reglamento 1408/71.
- A efectos de la interpretación del concepto de «lugar de ejercicio» como concepto del Derecho de la Unión, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, la determinación del significado y del alcance de los términos no definidos por el Derecho de la Unión debe efectuarse conforme al sentido habitual de éstos en el lenguaje corriente, teniendo en cuenta el contexto en el que se utilizan y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte (véase, en particular, la sentencia de 10 de marzo de 2005, *easyCar*, C-336/03).
- A este respecto, debe entenderse, conforme al sentido propio de los términos utilizados, que el concepto de «lugar de ejercicio» de una actividad designa el lugar concreto en el que la persona de que se trata realiza los actos relacionados con esa actividad”.

No estoy disconforme en absoluto con lo establecido en este fallo jurisdiccional sino en el hecho de que se pretenda extender su contenido al teletrabajo que, por

38. STJUE de 27 de septiembre de 2012, C-137/11, *Partena ASB* (ECLI:EU:C:2012:593).

supuesto no era, en absoluto, el objeto de la cuestión prejudicial presentada. De hecho, por no repetir los argumentos que se han desglosado en párrafos precedentes, me sumo a lo escrito por Carrascosa Bermejo³⁹ cuando señalaba que “parece posible argumentar que la *lex loci laboris* no es el lugar donde se realiza el teletrabajo, sino el lugar en el que la empresa para la que se trabaja tiene su sede, desde donde ejerce su poder de dirección y le dan instrucciones, se hace el seguimiento de su trabajo, se paga el salario, se proporcionan los medios y finalmente se recibe el resultado de su trabajo. Se ha señalado que aplicar esta conexión, la del lugar donde se ubica la sede de la empleadora, precisaría de un cambio normativo y sería, en realidad, una nueva norma de conflicto con una conexión que aludiría a un lugar de trabajo ficticio. No sería la primera vez que esto ocurre, los Reglamentos en un intento de mantener estable la legislación de Seguridad Social de trabajadores con mucha movilidad vienen identificando una conexión ficticia para ellos: como la ley del pabellón, para trabajadores del mar, la de la base (*home base*) para los trabajadores aéreos, o la ley de la administración que ocupa y de la que depende un funcionario. Sin embargo, a mi modo de ver, creo que podría entenderse como una mera reinterpretación actualizada de la conexión genérica de la *lex loci laboris* respecto del trabajo virtual (...). De hecho, en el caso del trabajo presencial, la *lex loci laboris* significa tanto el lugar donde la persona trabaja como el lugar donde la empresa tiene sus oficinas”.

Respeto mucho la sentencia recaída en el asunto Partena pero me parece mucho más interesante, en relación con el teletrabajo, las conclusiones del Abogado General en el asunto X contra Staatssecretaris van Financiën⁴⁰ que establecía: “Conviene señalar que una de las ventajas –o, para algunos, una maldición– de la economía digital consiste en la posibilidad de pedir o permitir a un trabajador que desempeñe parte de sus tareas fuera de la oficina e incluso desde su domicilio. La peculiaridad de esta modalidad de trabajo reside en la circunstancia de que puede menoscabar el concepto de lugar de trabajo concreto, como factor pertinente para determinar el Estado miembro que presenta un vínculo más estrecho con la relación laboral. Una persona puede trabajar a distancia desde su ordenador o teléfono en casa o mientras está de viaje, y esa forma de trabajar puede suponer una parte significativa de su actividad laboral. El Tribunal de Justicia tendrá que resolver en el futuro cómo debe tenerse en cuenta esta circunstancia para determinar la legislación de seguridad social aplicable”.

Pues bien, pienso que está llegando la hora de entrar en el fondo del asunto y decidir en el caso del teletrabajo cuál es o debe ser el Estado competente en materia de Seguridad Social y plantear una regulación específica para este tipo de trabajo, máxime cuando la emigración virtual está creciendo exponencialmente. Es hora de proteger al teletrabajador y, al mismo tiempo evitar el dumping social que puede conllevar el teletrabajo. En efecto, los empresarios, si se aplicase literalmente el artículo 11 del Reglamento 883/2004 y se considerase el Estado de residencia como competente por

39. Carrascosa Bermejo, D.: “Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE”, ob. cit.

40. STJUE de 13 de septiembre de 2017, C-570/15, X contra Staatssecretaris van Financiën (ECLI:EU:C:2017:674).

considerarse que es donde se genera el teletrabajo podrían optar, debido a la digitalización, por mano de obra barata con empleo habitual en un Estado con legislación laboral flexible y con unos costes de Seguridad Social muy bajos. Esto sería contrario al enfoque antidumping del artículo 8 del Reglamento Roma I.

Comparto las consideraciones de Vershueren⁴¹: “las normas de conflicto establecidas en los Reglamentos ya no se adaptan a las formas de trabajo híbridas y flexibles. Las nuevas formas de trabajo, de las que el teletrabajo es solo una, ponen en tela de juicio el principio original de las normas de conflicto europeas en materia de Seguridad Social: es decir, el principio del Estado de empleo, que sigue basándose en un lugar de trabajo físico. Es necesario un debate sólido sobre la cuestión de si estas normas de conflicto deben modificarse para adaptarse a esta realidad y, en caso afirmativo, cómo hacerse. Si el legislador europeo no lo hace, probablemente corresponderá al Tribunal de Justicia adaptar la interpretación a las normas actuales. Sin embargo, el Tribunal ha mostrado recientemente su reticencia a interpretar estas normas de conflicto de forma creativa, quizás porque opina que la reinterpretación o reformulación de estas normas corresponde al legislador”.

Por otra parte, quizás deberíamos examinar si el legislador europeo no debería proporcionar al teletrabajador una protección mínima, como en el caso del desplazamiento, con un núcleo duro que debería respetarse independientemente del desde se realice la actividad digital. Además, podría elaborarse una guía específica de la Unión Europea, como la Guía práctica sobre el desplazamiento, para interpretar las disposiciones sobre libre circulación relativas a los teletrabajadores transfronterizos. Tal instrumento no sería vinculante, pero podría orientar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a los Estados miembros. Asimismo, podría actualizarse el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, incorporando disposiciones sobre la legislación laboral aplicable en casos de teletrabajo transfronterizo y sobre el principio de igualdad de trato.

Como señalan Schoukens y Everaert⁴², “es evidente que el teletrabajo no estaba previsto cuando se concibieron los Reglamentos de coordinación, que estaban centrados en el lugar de trabajo para determinar la legislación de seguridad social aplicable. En consecuencia, la cuestión sigue siendo cómo tratar el teletrabajo en el futuro. A estos efectos, aunque también son posibles otros escenarios, podrían adoptarse medidas legislativas y modificarse la normativa de coordinación para reflejar la nueva realidad del teletrabajo”.

B. Recomendaciones

El debate en relación con el teletrabajo transfronterizo y la legislación de Seguridad Social aplicable gira en torno a dos variables: sede de la empresa y domicilio del trabajador

41. Vershueren, H.: “The application of the conflict rules of the European Social Security Coordination to telework during and after the COVID-19 pandemic”, *European Journal of Social Security*, núm. 24, 2022, pp. 79-94.

42. Schoukens, P.; y Gerard, E.: “A reflection on telework in Social Security Coordination”, *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, núm. 73, 2023.

o en otros términos, Estado de Empleo *versus* Estado de residencia. La decisión que recaiga implicará una reinterpretación o una modificación del Reglamento 883/2004.

Voy a aportar algunos argumentos en favor de que el Estado y en consecuencia, la legislación competente sea la de la sede de la empresa y no el Estado de residencia del trabajador:

- Sería perjudicial que en una misma empresa existieran trabajadores que cotizasen en el Estado donde está ubicada la Empresa y otros en el Estado de residencia. A este respecto, debe tenerse en cuenta que las cuotas de Seguridad Social del trabajador y del empresario varían de un Estado a otro de manera significativa con lo que, indirectamente, existiría una diferencia salarial neta o una carga mayor o menor, según los casos, para los empresarios. Esto podría conllevar a un cierto *dumping* social porque el empresario podría buscar aquel Estado y legislación que mejor le conviniese y contratar allí teletrabajadores. Quizás deberíamos establecer un principio básico de una empresa, una única legislación, si bien con ciertas matizaciones para tratar casos especiales.
- Continuando con esta argumentación y, *a sensu contrario*, si el teletrabajador reside en un Estado cuyas cuotas de Seguridad Social son más elevadas que las del Estado en que está ubicada la empresa, probablemente el referido trabajador encontraría reticencias por parte del empresario para acogerse a esta forma de trabajo.
- Si se aplicasen las normas de conflictos actuales en relación con la legislación aplicable, con sólo el 25 % de la actividad como teletrabajo podría cambiarse el Estado competente que pasaría del de empleo (sede de la empresa) al de residencia del teletrabajador, con las consiguientes dificultades administrativas. Realmente, esto perjudicaría al teletrabajo porque muchos empresarios ante esta contingencia permitirían teletrabajar menos del 25 % de la actividad. En cambio, si la norma de conflicto se orientase en favor del Estado de empleo donde se ubica la empresa, los empresarios no plantearían problemas, de Seguridad Social, para aceptar el teletrabajo.
- Sería de temer que, dado que el teletrabajo transfronterizo, especialmente el puro, es una actividad, menos fiscalizada que el trabajo presencial, ya que no coinciden teóricamente el Estado donde está ubicada la empresa y el teletrabajador, los controles serían menores y podrían surgir dudas si se trata de trabajadores por cuenta ajena o propia (falsos autónomos). La protección del trabajador disminuiría y hasta podría considerarse esta actividad como dentro de las formas atípicas de trabajo.
- Para evitar la precariedad del teletrabajo, se debe garantizar la afiliación y cotización de los trabajadores en el Estado competente. Muchos empresarios que tuvieran que cotizar en otro Estado (el de residencia del que no conocen la legislación ni las gestiones administrativas, ni en algún caso, el idioma, etc.) se podría optar por incumplir sus obligaciones en materia de Seguridad Social. Esta problemática sería similar a la de los trabajadores temporeros transfronterizos.

- No quiero entrar en profundidad en el Derecho Laboral ni en los problemas que pueden surgir con distintas legislaciones en materia de despido, indemnizaciones, vacaciones, horas extraordinaria, pluses, etc. Todo ello no facilita el teletrabajo digital porque lo normal es que el empresario quiera tener una plantilla a la que se aplica la misma normativa.
- Todo aquello que cohesione una plantilla de trabajadores resultará una mejora de las condiciones de trabajo. Bien es verdad que algunos sectores pueden utilizar más el teletrabajo mientras a otros no les es posible (*teleworkability*). Como consecuencia debería intentarse que aún aceptando la posibilidad de teletrabajo para unos pocos o muchos, se procure una homogeneidad para todos en materias laborales y de Seguridad social. Si una aristocracia del trabajo virtual se separa de una mano de obra física, pueden incrementarse las diferencias lo que conllevará una cohesión social más problemática.

VII. CONCLUSIÓN

Para concluir este trabajo creo que deberíamos examinar con detalle cómo podemos proteger mejor a los teletrabajadores o, lo que es lo mismo, cómo podemos potenciar un teletrabajo que ha venido para quedarse. Ese debe ser el debate a celebrar. La Seguridad Social es un elemento esencial para acelerar y mejorar el teletrabajo o para ralentizarlo u obstaculizarlo.

Recuerdo a Durkheim cuando evocaba que el trabajo físico generaba un frente orgánico de solidaridad entre las clases sociales. Por ello nuestro modesto objetivo debería ser, en lo posible minimizar las diferencias laborales y sociales existentes como consecuencia del teletrabajo.

Bibliografía

- Administrative Commission: *Practical guide on the applicable legislation in the European Union (EU), the European Economic Area (EEA) and in Switzerland*, 2013.
- Carrascosa Bermejo, D.: "Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 2, 2022.
- Contreras Hernández, Ó.: "Desplazamiento de trabajadores y la revisión del Marco Legal Europeo: ¿el principio del fin del *dumping* social y la competencia desleal?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 69, 2021.
- De Pauw, B. y Verschueren, H.: "The Framework Agreement on the Applicable Social Security Law in case of habitual cross-border telework after the pandemic", *ERA Forum*, 2023, 24, <https://doi.org/10.1007/s12027-023-00766-5>.
- Eurofound: *Living, Working and COVID-19*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020.
- Eurofound: *The Rise in Telework: Impact on Working Conditions and Regulations*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022.
- European Commission: *Guidelines concerning the exercise of the free movement of workers during COVID-19 outbreak*, [2020] OJ C 102I, 2020.

- European Labour Authority: *Impact of teleworking during the COVID-19 pandemic on the applicable Social Security: overview of measures and/or actions taken in the EU Member States to facilitate a flexible approach to the applicable Social Security of teleworking cross-border workers*, Bratislava, 2021.
- Jorens, Y. y Lhernould, J. P. (eds.): *Think tank report 2008. Towards a new framework for applicable legislation. New forms of mobility, coordination principles and rules of conflict*, trESS, 2008.
- Lhernould, J. P.: "Les enjeux juridiques du télétravail transfrontalier", *Revue de Jurisprudence Sociale*, núm. 7, 2021.
- OECD: *Teleworking in the Covid-19 pandemic: trends and prospects*, Paris, 2021.
- Pazó Argibay, J. M.: "Ley de Seguridad Social aplicable al teletrabajo transfronterizo. Una aproximación al Acuerdo Marco sobre Teletrabajo Transfronterizo en la UE, EEE y Suiza", *Temas Laborales*, núm. 170, 2023.
- Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Los Reglamentos de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2021.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "El artículo 138 de la Ley de la Jurisdicción Social: luces y sombras del proceso de movilidad geográfica", *Iuslabor*, núm. 1, 2022.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Recensión de la obra de Giuseppe Ludovico: *Lavori agili e subordinazioni*", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 8, núm. 2, 2023.
- Schoukens, P. y Everaert, G.: "A reflection on telework in Social Security Coordination", *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, núm. 73, 2023.
- Schoukens, P.: "Social Security coordination and non-standard forms of working", *Revue Belge de Sécurité Sociale*, 2019(1).
- Sierra Benítez, E. M.: "Teletrabajo, uberización y robotización del trabajo: propuesta para un derecho del trabajo consistente (sólido, estable y duradero)", *Ideides*, núm. 20.
- Sostero, M.; Milasi, S.; Hurley, J.; Fernández-Macías, E. y Bisello, M.: *Labour market change. Teleworkability and the COVID-19 crisis: a new digital divide?*, Eurofound Working Paper, 2020.
- Strban, G.; Carrascosa Bermejo, D. y Schoukens, P.: *Analytical report 2018. Social Security coordination and non-standard forms of employment and self-employment: interrelation, challenges and prospects*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020.1
- Verschueren, H.: "The application of the conflict rules of the European Social Security coordination to telework during and after the COVID-19 pandemic", *European Journal of Social Security*, núm. 24, 2022.



Nuevos derechos laborales para nuevos tiempos: reflexiones sobre el derecho a la reducción de la jornada laboral*

NEW LABOUR RIGHTS FOR NEW TIMES: REFLECTIONS ON THE RIGHT TO REDUCTION OF WORKING HOURS

Bárbara Torres García

Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Santiago de Compostela

barbara.torres.garcia@usc.es  0000-0002-2300-507X

Recibido: 02.03.2024 Aceptado: 15.03.2024

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo fundamental realizar una primera aproximación a la propuesta relativa a la reducción de la jornada laboral. El estilo elegido para ello se basa en una línea macro-analítica de exposición de las principales características de la medida planteada y sobre las que el legislador debería reparar en la formulación de esta nueva medida. En adición, se ofrece un estudio crítico de la obligación empresarial de registro horario.

ABSTRACT

The main objective of this paper is to make a first approach to the proposal on the reduction of working hours. The style chosen for this is based on a macro-analytical line of exposition of the main characteristics of the proposed measure and those which the legislator should consider in the formulation of this new measure. In addition, a critical study is offered of the employer's obligation to record working hours.

PALABRAS CLAVE

Tiempo de trabajo
Reducción de jornada
Control horario
Registro de jornada

KEYWORDS

Working time
Reduction of working
Hours
Time control
Working time registration

* Trabajo vinculado al Proyecto de Investigación Europeo EC: *Increasing Metalworkers' representatives' Awareness and Skills on Mental Health Protection & Promotion in the Workplace -IncreMe(n)tal* - Call: [SOCPL-2023-INFO-WK].

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: NUEVOS DERECHOS PARA NUEVOS TIEMPOS
 - II. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA LABORAL: CONTEXTUALIZACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA LEGAL
 - III. CUATRO CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL NUEVO DERECHO A TRABAJAR MENOS
 - IV. EL REGISTRO HORARIO: UN ANÁLISIS CRÍTICO Y DE FUTURO
 - V. A MODO DE CONCLUSIÓN
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN: NUEVOS DERECHOS PARA NUEVOS TIEMPOS

Uno de los temas de actualidad es la aprobación de un nuevo Estatuto de los Trabajadores (ET) que dé respuestas a los problemas laborales del siglo XXI. En efecto, son múltiples las noticias y trabajos doctrinales que abordan esta cuestión, en unas ocasiones avalando y, en otras, cuestionando la conveniencia de este nuevo texto legal. Pese a que el propósito de este estudio no es adentrarse en el análisis jurídico y de viabilidad de esta iniciativa (todavía en una fase muy temprana), se debe apuntar que, a juicio de quien suscribe, existe justificación suficiente para legitimar la procedencia de dicha propuesta legislativa. Los innumerables y diversos cambios sufridos en el mercado de trabajo, como consecuencia de las transiciones económica, digital, demográfica y ecológica, hacen que las instituciones laborales clásicas y las reglas tradicionales (v. gr., en materia de sucesión de empresa o seguridad y salud en el trabajo) no den una respuesta justa y eficaz a las situaciones y los problemas que surgen en el actual panorama laboral. El Derecho y, particularmente, el Derecho del Trabajo debe evolucionar con la sociedad y la empresa, aunque no al mismo ritmo, por cuestiones obvias.

En los últimos tiempos, se ha asistido a la promulgación de innumerables reformas del ET. Probablemente, algunas de estas modificaciones fueron aprobadas con premura, mediante leyes y procedimientos inadecuados e, incluso, con ausencia de un contenido real (como meros ‘parches’ frente a los nuevos conflictos que se generaron en cada momento¹). En otras ocasiones, estas reformas provocaron un transvase de conceptos y figuras jurídicas que, si antes estaban reservadas a esta norma legal, ahora se hallan en otras regulaciones (algunas de ellas de naturaleza extralaboral) y, a veces, de forma efímera². Sin lugar a duda, estas dinámicas están actuando en detrimento de la coherencia y fortaleza del ET. Así las cosas, se hace necesario un nuevo replanteamiento de la técnica legislativa utilizada, apostando por aquella que, a la par que permita la modernización de ciertas instituciones laborales, devuelva al ET su

1. Algunos autores califican la dinámica del actual legislador como la ‘técnica del parcheo’. Véase, Gómez Gordillo, R.: “Algoritmos y derechos de la información de las personas trabajadoras”, *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 157, 2021, p. 166.

2. Viqueira Pérez, C., considera que esta continua lluvia de cambios ha provocado que el ET sufra un ‘desguazamiento’. En “El Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI”, *Briefs AEDTSS*, núm. 4, 2024, p. 1.

carácter de regulación troncal de las relaciones de trabajo. En este contexto, parece que la única vía para alcanzar este doble objetivo es mediante la aprobación de un nuevo ET, que afronte los problemas del mercado de trabajo actual. Ahora bien, dicha reformulación debe realizarse con detenimiento, con perspectiva de futuro (que vaya más allá de la regulación de los problemas presentes), utilizando una sistemática correcta, reflexionando sobre el sentido, el objeto y la finalidad de la norma y prestando una verdadera atención a cada uno de los derechos y obligaciones establecidos. Solo de esta manera se asegurará la calidad técnico-jurídica de la futura norma a aprobar.

Si, en cuanto a la forma, se aconseja al legislador que actúe con sosiego y corrección, en cuanto al fondo, se le exhorta para que el nuevo ET aborde una serie de materias desde una perspectiva renovada y conciliadora con las cuatro transiciones a las que se enfrenta la sociedad hoy en día (la económica, la digital, la demográfica y la ecológica). La estructura más adecuada de esta nueva normativa puede ser la misma que la del vigente ET, organizado en tres títulos relativos a la relación individual del trabajo, la representación de los trabajadores en la empresa y la negociación colectiva. Ahora bien, en cada uno de estos grandes apartados, se deberían promover nuevos enfoques respecto de, por ejemplo: 1) las fuentes del Derecho, completando su listado y aclarando su interrelación; 2) el concepto de empresario y trabajador, ampliando su extensión y relativizando el rasgo de la dependencia; 3) la participación de las personas trabajadoras en la empresa, apostando, quizá, respecto de determinadas materias, por políticas de cogestión entre trabajadores y empresarios; 4) los acuerdos de empresa, cada vez más presentes en el marco de la relación de trabajo y desprovistos de una regulación legal; o, en fin, 5) la negociación colectiva, repensando, entre otras cuestiones, el contenido mínimo de los convenios o la legitimación para su negociación. Con todo, puede que los cambios más interesantes se produzcan a propósito de los derechos individuales del trabajador. En este ámbito, resultaría aconsejable: 1) redefinir los derechos fundamentales de la persona asalariada frente a los poderes de control del empresario; 2) implementar nuevas garantías frente a la extinción de la relación laboral por ineptitud profesional o falta de adaptación del empleado; 3) promover mecanismos de formación continua del trabajador; o 4) rediseñar las reglas del tiempo de trabajo³.

Precisamente, este estudio versa sobre el último de los puntos planteados en el párrafo anterior. Ahora bien, dicha cuestión no se abordará desde una perspectiva global, tratando todas las instituciones que se pueden englobar en este título, como serían el horario, los pactos de disponibilidad o el derecho a la desconexión digital. Por el contrario, se ha optado por centrar el tema de investigación en la jornada laboral, y, más particularmente, en la propuesta de reducción de la misma. A estos efectos, se hace necesario recordar que, en el pacto entre PSOE y Sumar de 24 de octubre de 2023, junto con la propuesta de culminar un nuevo ET del siglo XXI, se recogía, como punto independiente, el compromiso de ambos partidos de reducir las horas de trabajo. A modo de primera reflexión, no se entiende la causa por la que ambas

3. Sala Franco, T.: "Reflexiones acerca de un Estatuto del Trabajo para el siglo XXI", *Briefs AEDTSS*, núm. 1, 2024, pp. 1-5.

iniciativas aparecen diferenciadas y desvinculadas. Esta segunda propuesta legislativa afecta a un precepto del ET (art. 34.1) y, en consecuencia, debería integrarse en el contenido de la primera (la aprobación del ET del siglo XXI)⁴. Quizá, esta separación de las materias no tenga ningún tipo de relevancia o trascendencia jurídica, siendo el resultado de la sistemática que rige el documento del citado acuerdo. Sin embargo, desde un punto de vista más analítico, la formulación de ambas proposiciones en apartados diferenciados podría entenderse como un indicio de que la jornada laboral (reducida) será regulada, en un futuro, en una norma diferente al ET, como la denominada Ley de usos del tiempo.

II. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA LABORAL: CONTEXTUALIZACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA LEGAL

La regulación del tiempo de trabajo fue, es y será una de las cuestiones que más interesan en el ámbito de las relaciones laborales, junto con la del salario. Prueba de tal afirmación es que la Organización Internacional del Trabajo (en lo siguiente, OIT) ha dedicado numerosos textos normativos a la ordenación de esta condición laboral, algunos de ellos simultáneos a su creación. Ciertamente, el propósito de este apartado no es realizar un examen exhaustivo de los escenarios reguladores que preceden a la reciente propuesta del Gobierno español sobre la reducción de las horas de trabajo. No obstante, sí parece oportuno (a los efectos de introducir el tema) referirse a los textos normativos que marcaron la ordenación histórica de esta institución. Así las cosas, basta recordar el Convenio número 1 de la OIT, del año 1919 y relativo a las horas de trabajo, o, aun de manera tangencial, el Tratado de Versalles de este mismo año o la Declaración de Filadelfia de 1944. Estos dos últimos textos consagran el principio de que el trabajo no es una mercancía, en cuya eficacia la configuración de un tiempo de trabajo justo y equilibrado desempeña una función esencial. En adición, se podría mencionar la Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo, del año 2019, en la que se exhorta a los estados miembros a limitar los tiempos máximos de trabajo, a fin de promover un empleo decente para todos.

Con este mismo propósito, a nivel europeo, parece suficiente destacar la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (en lo siguiente, Directiva 2003/88) y, más recientemente, la Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores⁵ (Directiva 2019/1158) y la Directiva 2019/1152, de 20 de junio de 2019, relativa a

4. En el acuerdo de coalición entre PSOE y Sumar, se recogen, como “contenido imprescindible” a abordar en el ET del siglo XXI: 1) las garantías de las personas trabajadoras en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y en los descuelgues; 2) la protección de los trabajadores frente al despido, reforzando la exigencia de causalidad; y 3) la información económica a disposición de los negociadores de los convenios colectivos.

5. Consúltese, entre otros, Cabeza Pereiro, J.: “La directiva de conciliación de la vida familiar y profesional”, *Revista de derecho social*, núm. 92, 2020, pp. 41-80.

unas condiciones laborales transparentes y previsibles (Directiva 2019/1152)⁶. La aprobación de las dos últimas normativas parece dar respuesta a los retos que se derivan, principalmente, de las transiciones digital y demográfica, promoviendo el principio de igualdad, la conciliación corresponsable o, en fin, el derecho de información de los trabajadores del siglo XXI respecto de determinadas condiciones laborales (entre ellas, la ordenación de las horas de trabajo). Sin duda, aunque en el desarrollo de ambas Directivas no se hace referencia a la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), aquellas pueden estar vinculadas a las políticas de cumplimiento e impulso de algunos de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) de dicha Agenda. De una u otra forma, la regulación de los tiempos de trabajo (independientemente, de la perspectiva desde la que se plantee) tiene una influencia directa sobre, particularmente: 1) el ODS 8, relativo al trabajo decente y el crecimiento económico; 2) el ODS 5, referente a la igualdad de género; y 3) el ODS 3, en materia de seguridad y bienestar laboral.

Por lo tanto, se observa que la propuesta del Gobierno socialista se plantea en un escenario internacional en el que ya existe un compromiso institucional relativo a la ordenación justa y equilibrada de los tiempos de trabajo y al que nuestro país se ha adherido mediante la promulgación de varias leyes. En España, en los últimos años, fueron varias las reformas introducidas en cuanto a la regulación de los tiempos de trabajo (v. gr., la aprobación del derecho a la desconexión digital o la ampliación de los permisos para una mejor conciliación). Unas medidas que se dirigen, aunque desde distintos enfoques, a mejorar la situación del trabajador español.

Más allá de los efectos que la digitalización, la globalización y los nuevos modelos productivos pueden generar sobre la ordenación de la jornada laboral, lo cierto es que la economía española presenta unas características propias que complican el tan deseado equilibrio entre el trabajo y la vida personal⁷. Las interminables jornadas laborales diarias, la extendida idea de demostrar la dedicación al trabajo mediante la prolongación de los tiempos laborales, la cultura del 'presencialismo' o, en fin, la necesidad de compatibilizar varios trabajos para conseguir una remuneración mensual digna, hacen que el trabajador español sienta que no dispone de tiempo suficiente. Esta sensación, de una u otra forma, repercute negativamente en la salud y el bienestar de aquel. De hecho, el 66 por 100 de los españoles ha experimentado estrés en el trabajo una vez por semana, siendo uno de sus detonantes las largas jornadas

6. Véase, Miranda Boto, J. M.^a: "Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español", *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 149, 2019, pp. 71-100.

7. La última encuesta realizada por *Infojobs* muestra que el 65 por 100 de la población activa española tiene problemas para conciliar, afectando este hecho muy especialmente al colectivo femenino. Según los *Principales indicadores estadísticos de igualdad de febrero de 2023*, este último grupo es el que se enfrenta a una mayor tasa de parcialidad en el empleo (del 73.5 por 100 de la totalidad de contratos a tiempo parcial para 2022) motivada, precisamente, por la dificultad de encontrar tiempo para el cuidado de hijos y personas dependientes. Estos datos pueden comprobarse en los siguientes enlaces: <https://s36300.pcdn.co/wp-content/uploads/2023/03/La-conciliacion-laboral-empeora-solo-el-35-de-la-poblacion-ocupada-afirma-que-tiene-facilidades-para-conciliar.pdf> y https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Informes/Docs/principales_indicadores_2023.pdf (última visita 01.02.2024).

laborales⁸. Además, el 19,57 por 100 de los trabajadores en activo está en busca de otro empleo y el 16,49 por 100 se quiere marchar ya de su empresa. Entre las razones que motivan esta insatisfacción, las dificultades para compaginar la vida profesional y la familiar se encuentran en primera posición⁹. Unos datos que hacen intuir que una de las posibles causas del reciente fenómeno social conocido como la “gran renuncia” (*big quit*) es, precisamente, la necesidad del trabajador de buscar una mejor opción de conciliación.

En este contexto, la propuesta relativa a la reducción de la jornada emerge como una ‘medida correctiva’ más frente al desajuste y desorganización del tiempo de trabajo en España. La exposición de motivos de esta iniciativa, presentada ante el Pleno del Congreso de los Diputados, justifica la misma asociándola a materias como la conciliación, la prevención de riesgos laborales, la productividad empresarial y la promoción de una sociedad más sostenible y justa. No es objetivo de este apartado, aceptar o rechazar la argumentación en la que se apoya esta proposición, pues, por el momento, se desconocen datos definitivos que avalen o rechacen la pertinencia de esta medida. Habrá que esperar a la conclusión del proyecto piloto impulsado por el Gobierno para verificar si una reducción de la jornada laboral máxima puede contribuir a mejorar, por una parte, el bienestar y la calidad de vida del trabajador y, por otra, la eficiencia de la economía española. A este respecto, recuérdese que, por Resolución de 11 de abril de 2023¹⁰, se convocó la concesión de ayudas para aquellas empresas que se comprometieran a reducir los tiempos de trabajo en los términos fijados por la Orden ICT/1238/2022, de 9 de diciembre¹¹. En detalle, se trataba de subvenciones destinadas a pequeñas y medianas empresas, pertenecientes a la esfera privada y a la actividad industrial, que disminuyeran, al menos, en un 10 por 100 la jornada laboral de sus trabajadores (indefinidos y a tiempo completo) durante dos años, pero sin que eso supusiera una merma de los salarios¹². El futuro estudio elaborado a propósito de la finalización de estos ‘planes experimentales’ habrá de ser aprovechado como soporte de la toma de decisiones a la hora de implementar políticas públicas tendentes a reducir, reequilibrar y reorganizar los usos de tiempos. Ahora bien, téngase en cuenta que los resultados analíticos obtenidos a través de este ensayo estarán sesgados, en la medida que todas las empresas participantes pertenecen al sector

8. Consúltese el informe *People at work 2022: una visión sobre el equipo humano global*, disponible en el siguiente enlace: https://www.observatoriorh.com/wp-content/uploads/2022/06/People-at-Work_Global_2022_ES.pdf (última visita 01.02.2024).

9. Consúltese el *Informe Infoempleo Adecco*, disponible en el siguiente enlace: <https://www.adeccoinstitute.es/descarga-la-xxvi-edicion-del-informe-infoempleo-adecco-oferta-y-demanda-de-empleo-en-espana-empleabilidad-y-formacion-profesional/> (última visita 01.02.2024).

10. Extracto de la Resolución de 11 de abril de 2023, de la Fundación EOI, F.S.P. por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de ayudas dirigidas al impulso de la mejora de la productividad en pequeñas y medianas empresas industriales a través de proyectos piloto de reducción de la jornada laboral. Boletín Oficial del Estado (en lo siguiente, BOE), núm. 88, de 13 de abril de 2023.

11. Orden ICT/1238/2022, 9 de diciembre, por la que se establecen las bases reguladoras de subvenciones para el impulso de la mejora de la productividad en pequeñas y medianas empresas industriales a través de proyectos piloto de reducción de la jornada laboral. BOE, núm. 301, de 16 de diciembre de 2022.

12. Fernández García, A.: “Las ayudas estatales y autonómicas para la implantación de la semana laboral de cuatro días”, *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 167, 2023, pp. 144-151.

industrial. De esta manera, la utilidad de dicho proyecto es cuestionable respecto de otras áreas, como la de servicios, comercio o transporte.

A nivel autonómico, la Comunidad Autónoma de Valencia también ha puesto en marcha un proyecto piloto con la misma finalidad. Ahora bien, a diferencia del programa estatal, aquel presenta un ámbito subjetivo de aplicación mucho más amplio, no delimitado, exclusivamente, a las empresas del sector industrial. La convocatoria valenciana¹³ hace depender la concesión de las ayudas para implementar la reducción de tiempos de trabajo del simple hecho de que la empresa solicitante esté ubicada en esta Comunidad y, además, se comprometa a disminuir, en al menos el 20 por 100, la jornada laboral de sus trabajadores, durante un año y sin merma de salario. En todo caso, la falta de resultados respecto de estos dos proyectos piloto (todavía en fase de desarrollo) ha llevado a esta autora a consultar otros dos programas experimentales que, a diferencia de los anteriores, sí se encuentran concluidos y sobre los que ya se ha elaborado un informe de resultados o, por lo menos, un estudio preliminar: el ensayo del ayuntamiento de Valencia¹⁴, la prueba de la semana de cuatro días del Reino Unido¹⁵ o el programa de Portugal¹⁶. Ahora bien, la información extraída de estas experiencias hay que analizarla con cautela, pues estas pruebas se han desarrollado en un período temporal corto y con un ámbito funcional demasiado reducido como para extraer datos definitivos sobre la afectación de esta medida en materias como: 1) la conciliación; 2) la seguridad y salud laboral; 3) la productividad empresarial; y 4) la justicia social.

Aun sin ánimo de aventurarse y juzgar con demasiada premura la procedencia o improcedencia de la reducción de la jornada laboral máxima en España, los primeros datos reportados apuntan a que esta medida promueve una conciliación más corresponsable y mejora el bienestar y la salud de los trabajadores. La mayoría de los empleados que participaron en los últimos tres proyectos mencionados informaron que se había vuelto más fácil el hecho de equilibrar sus responsabilidades familiares y profesionales. Durante esta experiencia los conflictos entre el tiempo laboral y el personal disminuyeron, así como la sensación subjetiva de la 'falta de tiempo'. De hecho, algunos de estos empleados afirmaron que esas horas libres adicionales les permitieron realizar actividades para las que antes no tenían tiempo,

13. Consúltese la Resolución de 2 de agosto de 2022, de la Dirección General del Trabajo, Bienestar y Seguridad Laboral, por la que se convocan ayudas destinadas al establecimiento de incentivos a la reducción de la jornada laboral a cuatro días o treinta y dos horas semanales y a la mejora de la productividad de la empresa con centros de trabajo ubicados en Valencia, para el ejercicio 2022. Véase, también, la Orden 7/2022, de 16 de junio de la Consellería Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, por la que se aprueban las bases reguladoras del programa de ayudas para el establecimiento de incentivos a la reducción de la jornada laboral a cuatro días o treinta y dos horas semanales y a la mejora de la productividad de las empresas valencianas.

14. Informe disponible en el siguiente enlace: https://www.lasnaves.com/wp-content/uploads/2023/10/Informe_4Dias_Digital-4.pdf (última visita 02.02.2024)

15. Este programa fue desarrollado bajo la supervisión de la organización *4 Day Week Global*, con experiencia demostrada en esta materia. El informe de conclusiones está disponible en el siguiente enlace: <https://www.4dayweek.com/uk-pilot-results> (última visita 05.02.2024)

16. Al igual que el anterior, este proyecto se ha llevado a cabo en colaboración con la organización *4 Day Week Global*. El informe de resultados está disponible en el siguiente enlace: <https://static1.squarespace.com/static/60b956cbe7bf6f2efd86b04e/t/657a2152c8b36277364de8b8/1702502751697/4+Day+Week+-+2023+Portugal+Pilot+Results.pdf> (última visita 05.02.2024)

como practicar deporte o participar en labores culturales o educativas¹⁷. En consecuencia, el grado de bienestar de los empleados aumentó considerablemente, disminuyendo sus niveles de estrés y mejorando su autopercepción respecto de sí mismos. En estas circunstancias, surge la secuencia lógica de: un trabajador más feliz y satisfecho desempeña con mayor entusiasmo y eficacia su trabajo, repercutiendo esto, positivamente, en las ratios de producción empresarial y, en consecuencia, en los beneficios de la empresa¹⁸.

Tal y como demuestra la información ofrecida por la *Oficina Europea de Estadística* (en lo siguiente, Eurostat), el número de horas trabajadas no es equivalente a la tasa de productividad. Por ejemplo, si la media anual de horas trabajadas en España es una de las más altas de la Unión Europea (UE)¹⁹, sin embargo, la tasa de productividad española es de las más bajas²⁰. En contraste, los países con la jornada laboral anual reducida (como Alemania o Dinamarca) presentan un coeficiente de producción más alto. Unos datos que parecen confirmar la suposición con la que se cerró el párrafo anterior: la reducción de jornada mejora la tasa de productividad empresarial. Si bien no se discute tal afirmación, pues se carece de evidencias concluyentes que permitan aceptarla o rechazarla, lo que sí parece evidente es que la implantación de esta medida supondrá una serie de gastos y disfunciones en la economía española. Así lo corrobora el informe de conclusiones del proyecto valenciano. Mientras que el sector sociosanitario y el de comercio informaron de que la reducción de la jornada había supuesto problemas de organización (v. gr., una congestión en la atención primaria) y una disminución significativa de las ventas, la hostelería y la restauración vivió una sobresaturación. Desde una perspectiva analítica, se observa que esta reacción del mercado español pudo derivarse del hecho de que la reducción de la jornada laboral se materializó de manera uniforme para la totalidad de las áreas económicas. En efecto, en el programa del Ayuntamiento de Valencia, esta medida se concretó en la eliminación de un día de la semana (el viernes) para todas las ramas de actividad. Por ende, se concluye que, si esta propuesta del Gobierno español puede resultar interesante

17. Véase el informe de resultados del proyecto del Ayuntamiento de Valencia, *cit.*, pp. 16-17.

18. De Spiegelaere, S., y Piasna, A., evidencian que la reducción de la jornada laboral podría aumentar la productividad de varias maneras. En primer lugar, estos autores se refieren al factor fisiológico, en la medida en que, disponiendo el trabajador de un mayor descanso, este no estará tan fatigado, reduciendo sus índices de absentismo y aprovechando más las horas de trabajo. En segundo lugar, se apunta al factor motivacional, pues el hecho de que el trabajador se sienta satisfecho con el equilibrio entre su vida personal y profesional supone, en principio, un aumento de su motivación por el trabajo. En tercer lugar, se cree que interviene un factor organizacional, ya que esta disminución de tiempos laborales debería venir de una revisión de la organización productiva, la cual, a su vez, podría facilitar la realización de las tareas y permitir al empleador hacer más en menos tiempo. Finalmente, se alude a que, si el mayor tiempo libre es utilizado por el trabajador para participar en actividades de formación u otras que mejoren sus competencias en el empleo, aquel podría utilizar estas experiencias para ser más productivo. En *The why and how of working time reduction*, European Trade Union Institute (ETUI), 2017, p. 49. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://www.etui.org/sites/default/files/2020-07/The%20why%20and%20how%20of%20working%20time%20reduction-2017-WEB-2.pdf> (última visita 06.02.2024)

19. Datos extraídos del siguiente enlace: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Hours_of_work_-_annual_statistics#General_overview (última visita 09.02.2024)

20. Datos extraídos del siguiente enlace: <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tesem160/default/table> (última visita 09.02.2024)

por varias razones, la viabilidad y éxito de la misma dependerá de la forma en la que se concrete, que ha de ser distinta en atención a las características de cada sector.

En adición a lo anterior, la reducción de los tiempos máximos de trabajo parece ir en línea con la idea de una sociedad más justa y sostenible. De acuerdo con el último *Informe Anual del Banco de España*²¹, en los últimos años y pese a las subidas salariales efectuadas en los convenios colectivos, se ha producido una caída significativa de los sueldos reales. En contraste, los márgenes empresariales han crecido, aunque con una elevada heterogeneidad por ramas de actividad²². Quizá, una de las causas de esta asimetría sea el reparto desigual de los beneficios derivados de la digitalización de los procesos productivos (entre empleado y empleador), junto con otros factores endógenos o exógenos a la economía española. Cierto es que no siempre existe una correlación satisfactoria entre el uso de las tecnologías digitales y las ratios de producción de la empresa. En la relación 'digitalización *versus* productividad' intervienen otros factores de los que dependerá el resultado de esta secuencia como, por ejemplo, la formación del capital humano o las habilidades de gestión de los mandos intermedios²³. En todo caso, sea en mayor o menor proporción, los avances tecnológicos parecen beneficiar la eficiencia empresarial, al acortar tiempos, mejorar la velocidad de determinadas fases de producción, reducir costes y expandir globalmente los servicios ofrecidos. Sin embargo, puede que el trabajador no se beneficie de estas mejoras en lo que afecta a su salario, que, muchas veces, no es acorde al nivel de vida, conduciéndolo a un riesgo de pobreza²⁴. En este contexto, se hace necesario encontrar un nuevo planteamiento que permita una retroalimentación equitativa entre los salarios y los beneficios empresariales. Así las cosas, puede que la reducción de la jornada, sin recorte de remuneración, sea una medida de justicia social que tienda a redistribuir más equitativamente la mejora de la productividad entre el capital y la fuerza de trabajo.

En este contexto, en el que urge encontrar un nuevo equilibrio entre los usos de tiempo y una vía de escape a las tendencias en desigualdad y exclusión social, la posibilidad de reducir los tiempos de trabajo se hace cada vez más creíble. Una serie de estudios y programas piloto parecen estar desmontando el escepticismo que existía acerca del derecho del trabajador de trabajar menos. Precisamente, este ensayo parece alinearse con esta corriente, reflexionando, desde una perspectiva jurídica,

21. Documento disponible en el siguiente enlace: https://www.bde.es/f/webbe/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/22/Fich/InfAnual_2022.pdf (última visita 09.02.2024)

22. Véase el informe de Comisiones Obreras (CCOO) *Los beneficios empresariales impulsan y enquistan la inflación*. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://www.ccoo.es/7479d092ff3a86819d416afcdcccb209000001.pdf> (última visita 10.02.2024)

23. Anderton, R., Vasco, B. y Reimers, P.: "More digital, more productive? Evidence from European firms", *The ECB (European Central Bank) Blog*. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://www.ecb.europa.eu/press/blog/date/2023/html/ecb.blog230621~3c2f72aa70.en.html> (última visita 10.02.2024)

24. El *XIII Informe del estado de la pobreza. Seguimiento de los indicadores de la Agenda 2030 (2015-2022)*, elaborado por la *European Anti Poverty Network*, sitúa a España como el quinto país con mayor desigualdad medida de toda la UE. Además, se informa de que el 32.9 por 100 de los españoles en riesgo de pobreza cuenta con un empleo a jornada completa. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://eapn-clm.org/wp/wp-content/uploads/2023/10/informe-ARPE-2023-resumen-ejecutivo.pdf> (última visita 11.02.2024)

sobre una alternativa que, a primera vista, parece atractiva y razonable. El objetivo de este estudio no es presentar un micro-análisis jurídico casuístico de la medida planteada, pues la incertidumbre respecto de sus futuros términos lo impiden. Por el contrario, lo que se pretende es exponer, desde una perspectiva global, una serie de interrogantes o consideraciones sobre las que el legislador debería reparar antes de la aprobación de la futura reformulación del art. 34.1 ET. En particular, en las próximas páginas se ofrecerá una descripción de cinco puntos centrales de los que dependerán el éxito de esta reforma y que caracterizarán la futura jornada laboral reducida.

III. CUATRO CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL NUEVO DERECHO A TRABAJAR MENOS

En los últimos tiempos, una de las cuestiones más tratadas en los debates públicos ha sido la posibilidad de acortar los tiempos de trabajo. Incluso, antes del acuerdo de coalición entre PSOE y Sumar, ya existían voces (políticas) que se alineaban en busca de reconocer el derecho del trabajador a trabajar menos²⁵. Sin embargo, en aquel tiempo eran varias las posibilidades que se planteaban acerca de cómo se podría materializar esta propuesta: 1) mantener la duración de la jornada máxima y la retribución, pero con una redistribución de aquella limitada a cuatro días a la semana; 2) reducir la duración de la jornada máxima, pero con un recorte proporcional de la remuneración; y 3) disminuir la duración de la jornada sin rebaja de salario. Todas estas posibilidades se han despajado con la presentación de dos propuestas legislativas (sucesivas en el tiempo) en el Congreso de los Diputados, que se decantan por la tercera alternativa expuesta. La primera de estas iniciativas²⁶ instaba al Gobierno a modificar el art. 34 ET, así como todas aquellas disposiciones pertinentes, para el establecimiento, durante el año 2024, de una jornada de trabajo efectivo con una duración máxima de treinta y siete horas y media semanales, sin que esto conllevara una reducción de sueldo. Simultáneamente, se invitaba a los entes sociales a iniciar un diálogo con el objetivo de continuar disminuyendo los tiempos de trabajo efectivo hasta alcanzar las treinta y dos horas semanales de promedio en el cómputo anual. La segunda de las propuestas (y la, finalmente, tramitada)²⁷ modera los términos de la primera, en la medida que disminuye el porcentaje de la reducción de jornada a implantar en 2024, que, definitivamente, queda en treinta y ocho con cinco horas se-

25. El origen de esta iniciativa se sitúa en el programa electoral del partido Más País que, para las elecciones de 10 de noviembre de 2019, ya incorporaba la propuesta de la semana laboral de 32 horas o 4 días a la semana, a implantar entre 2025 y 2030 y sin pérdida de salario.

26. Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 66, de 12 de enero de 2024.

27. Boletín Oficial de las Cortes General, núm. 87, de 16 de febrero de 2024. El texto de esta última propuesta declara, literalmente, que: “el Congreso de los Diputados insta al Gobierno a abrir con carácter urgente un proceso de diálogo social que culmine con la modificación del artículo 34 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como de todas aquellas disposiciones pertinentes, para incorporar una reducción de la jornada laboral de aplicación progresiva, empezando por la fijación, para este año 2024, de una jornada máxima ordinaria de trabajo efectivo de 38 horas y media”.

manales, si bien se sigue instando al descenso progresivo de los tiempos de trabajo y apelando a la intermediación de la negociación colectiva.

El todavía vigente art. 34.1 ET establece que, aun cuando la duración de la jornada laboral será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo, en todo caso, aquella no ha de ser superior a las cuarenta horas semanales, calculadas anualmente. Precisamente, la iniciativa legislativa tramitada pretende actuar sobre esta referencia máxima, mediante dos acciones complementarias y sucesivas en el tiempo. En primer lugar, se quiere disminuir (de manera inminente, por ley y para todos los trabajadores) el tiempo máximo de trabajo efectivo, pasando de las cuarenta a las treinta y ocho horas y media semanales, se entiende que en promedio de cómputo anual. En segundo lugar, se insta a la negociación colectiva para que proceda, de manera escalonada en el tiempo, a rebajar todavía más esta referencia. De esta manera, dicha iniciativa hace uso del principio de reducción progresiva, al que ya aludía la Recomendación OIT núm. 116²⁸. En efecto, en la articulación de esta segunda actuación se observa la influencia de este último texto, en la medida en que: 1) se recurre al diálogo social como herramienta básica para reducir los tiempos de trabajo; 2) se procede a esta rebaja de manera escalonada en el tiempo, por etapas; y 3) se insta a los entes sociales a tener en cuenta las circunstancias nacionales y las condiciones particulares de cada sector en la implantación progresiva de estas reducciones.

Con todo, y pese a la evidente influencia de la Recomendación de la OIT en esta materia, esta propuesta genera múltiples dudas. Así, surge la cuestión acerca del cómo se ha de aplicar el principio de reducción progresiva de la jornada laboral, en cuanto a, por ejemplo, el límite máximo al que se puede reducir los tiempos de trabajo²⁹. Junto con esta observación, surgen otras relativas a: 1) la necesidad de la reforma del art. 34.1 ET, en el sentido de discernir el impacto real de esta acción en el mercado laboral español; 2) el instrumento en el que se va a materializar esta reformulación, en cuanto a si la futura jornada laboral reducida se regulará en el ET o en otra norma; 3) la forma en la que se va a concretar la rebaja de los tiempos, bien de manera uniforme para todos los sectores, bien de modo desigual en atención a las características de cada uno de ellos; 4) las demás reglas de tiempos de trabajo, en la medida que estas pueden quedar afectadas por la modificación del art. 34.1 ET; y 5) las medidas de control a implantar, a los efectos de garantizar la aplicación efectiva de esta rebaja. Sobre todas y cada una de estas cuestiones se reflexionará en las siguientes líneas, a los efectos de ofrecer una descripción jurídica de la propuesta legislativa finalmente planteada.

Primera consideración. Impacto real de la medida planteada. En el debate relativo a la reformulación del art. 34.1 ET, a los efectos de reducir la jornada ordinaria máxima, varios autores se han postulado en contra. Para ellos, no es necesaria dicha reforma,

28. Recomendación número 116 de la OIT, sobre la reducción de la duración del tiempo de trabajo, del año 1962.

29. De la interpretación conjunta de ambas propuestas legislativas presentadas ante el Congreso de los Diputados, se puede deducir que la jornada máxima a la que se aspira es la de 32 horas semanales en promedio de anual, a la que precisamente ya hacía referencia la primera de las iniciativas presentadas.

alegando que el impacto real de la misma es ínfimo. El fundamento principal en el que se apoya esta doctrina es el hecho de que los convenios colectivos (instrumentos básicos de regulación del tiempo de trabajo), normalmente, ya establecen una jornada laboral máxima inferior a las cuarenta horas semanales o a las equivalentes 1.826 horas anuales³⁰. La última actualización de la estadística de convenios colectivos (publicados y registrados hasta el 30 de noviembre de 2023) confirma este hecho, mostrando que la duración media de la jornada pactada se sitúa en treinta y ocho horas semanales o 1.751 horas anuales³¹. En detalle, en los convenios de empresa, la jornada media fue de 1.698 horas (treinta y siete semanales), mientras que en los convenios de ámbito superior esta referencia ascendió a 1.754 (treinta y ocho semanales). Unos datos que coinciden con los reportados por *Eurostat*, que informan de que la jornada laboral real en España se sitúa entre las treinta y seis y treinta y nueve horas semanales, acercándose a la media europea, que ronda las treinta y siete con cinco horas negociadas³².

Pese a lo anterior, un análisis histórico de datos aportados por la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos corrobora que la tendencia en España de reducir las horas de trabajo se ha estancado o, incluso, revertido en los últimos años. En este sentido, mientras que, en el período comprendido entre los años 2000 y 2010, se evidencia una clara evolución descendente de las horas trabajadas³³, a partir de este último año, dicha inclinación se estanca, manteniéndose la jornada máxima anual sin apenas variaciones. De hecho, es significativo que el índice relativo a la jornada media pactada en los años 2010 y 2023 sea, exactamente, el mismo: 1.751 horas semanales. Con estos datos, se corrobora que la negociación colectiva tiene un amplio margen de mejora en esta materia, debiendo, quizá, volver a aquella línea de negociación del pasado, tendente a la reducción progresiva de los tiempos de trabajo. En este sentido, la segunda de las acciones contenida en la propuesta legislativa presentada puede entenderse como una llamada de atención a los entes sociales que, en la búsqueda de una mayor equidad entre el capital y la fuerza de trabajo, han de adentrarse de manera ambiciosa en la regulación del tiempo de trabajo, tanto en lo que afecta a su aspecto cuantitativo como, también, cualitativo. Respecto de este último apunte, hay que recordar que la Comisión Europea, en la *Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88*³⁴, ya alertó a los Estados miembros sobre los riesgos de la digitalización, en la medida que esta propicia fórmulas de trabajo más flexibles en las que la frontera entre tiempo de trabajo y descanso queda desdibujada. Así las cosas, junto con la cuantificación de las horas de trabajo, el legislador y los interlocutores sociales

30. Véase, Lahera Forteza, J.: "La jornada laboral semanal de cuatro días", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 108, 2023, p. 4 (versión *La ley digital*). Igualmente, Monreal Bringsvaerd, E.: "La reducción por ley de la jornada de trabajo: cinco preguntas", *Briefs AEDTSS*, núm. 67, 2023, p. 1.

31. *Boletín* núm. 88 de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, de diciembre de 2023, p. 12.

32. Consúltense estos datos en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Hours_of_work_-_annual_statistics#General_overview (última visita 12.02.2024).

33. *Boletín* núm. 23 de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, de octubre-noviembre de 2010, p. 4.

34. *Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo* (2023/CE109/01), de la Comisión Europea.

también han de replantearse otras cuestiones relativas a la ordenación de dichos tiempos laborales, clarificando cuestiones como, por ejemplo, qué debe entenderse por tiempo de trabajo o exigiendo cierta previsibilidad de los horarios de prestación de servicios.

Segunda consideración. Materialización de la propuesta legal. A propósito de la forma en la que se va a efectuar la reducción de la jornada ordinaria de trabajo, surge la duda de si esta rebaja se llevará a cabo, bien mediante una reformulación del art. 34.1 ET (como parece indicar la iniciativa legislativa planteada), bien a través de la aprobación de una nueva norma contenida en un texto diferente al ET. El legislador actual es propenso a la descentralización normativa, externalizando la regulación de muchas instituciones laborales fuera de aquel cuerpo legal. En esta línea, cabe citar, a modo de ejemplo, la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en lo siguiente, LOPDPGDD), que deja sin materia al art. 20.bis ET. De igual modo, se podría mencionar la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia con relación al art. 13 ET, actualmente, ausente de contenido. Así las cosas, no sería extraño que la futura jornada laboral reducida se reglamentara en una norma diferente al ET, como la *Ley de usos de tiempo*. Ahora bien, un estudio de fundamentación elaborado a propósito de aquella³⁵ despeja dicha incógnita. En este informe se deja claro que la implementación de muchas de las iniciativas legislativas presentadas en materia de tiempo de trabajo se llevará a cabo mediante reformulaciones progresivas del ET. La Ley de usos de tiempos no va a promulgarse como una ley independiente, sino que se convertirá en un texto base a partir del cual se adoptarán múltiples acciones, entre las que se incluye la actual propuesta de reformulación del art. 34.1 ET.

Los objetivos a los que responde la Ley de usos de tiempo son: 1) fomentar el principio de transparencia y previsibilidad en la ordenación de la jornada laboral; 2) racionalizar los tiempos de trabajo, mediante, por ejemplo, una reducción y limitación de la jornada máxima y un control más exhaustivo de las horas extraordinarias; 3) ordenar el tiempo de trabajo de manera más segura y saludable, ampliando los descansos semanales y diarios y concretando el derecho a la desconexión digital; 4) incrementar la sostenibilidad en la ordenación de los tiempos de trabajo para contribuir a la productividad de las organizaciones, para lo cual se insta, entre otras cuestiones, a la revisión de la regulación del trabajo a tiempo parcial o de las excedencias para la formación de las personas trabajadoras; 5) impulsar la corresponsabilidad igualitaria, ampliando las opciones de reducción de la jornada por conciliación o los permisos retribuidos; y 6) incentivar a la participación empresarial y social en la regulación de los tiempos de trabajo. Como se observa, se trata de una serie de propósitos ambiciosos y de distinto contenido, cuya consecución habrá de ser gradual en el tiempo. Ciertamente,

35. Véase, *Estudio de fundamentación para la Ley de usos de tiempo y racionalización horaria. Hacia una organización del tiempo equilibrada: más saludable, igualitaria, productiva y sostenible*, p. 99. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://timeuse.barcelona/wp-content/uploads/2023/06/Estudio-Ley-de-Usos-del-Tiempo.pdf> (última visita 14.02.2024)

parece que el legislador ya transita sobre la línea marcada por este texto, pues las últimas reformas efectuadas responden a las metas expuestas. En este sentido, basta traer a colación la reciente aprobación de la transposición de la Directiva 2019/1152 en materia de previsibilidad y transparencia de las condiciones de trabajo³⁶, el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio³⁷, o la Ley 22/2021, de 28 de diciembre³⁸, que amplían y refuerzan el derecho del trabajador a una conciliación corresponsable. A ellas se unirá la aprobación de la jornada reducida de trabajo, como otra de las acciones necesarias para acomodar el ordenamiento laboral y, en particular, el ET a las nuevas características y exigencias del mercado y de la economía española.

Tercera consideración. Concreción de la reducción de la jornada. De acuerdo con la última de las propuestas legislativas presentadas ante el Congreso de los Diputados, la jornada ordinaria máxima legalmente establecida (cuarenta horas semanales en promedio de cómputo anual) se reducirá, para 2024, a las treinta y ocho con cinco horas semanales. Como ya han puesto de manifiesto los sindicatos y la patronal, el texto de la iniciativa, a diferencia del vigente art. 34.1 ET, no precisa si esta nueva referencia máxima ha de calcularse en términos semanales o anuales. De entenderse desde el primer enfoque, ningún empleado podría trabajar por semana más de treinta y ocho con cinco horas. Desde la segunda perspectiva (que es la que rige en el actual ET), sería posible que, en una semana, el trabajador prestase servicios por un tiempo superior a aquella referencia, siempre y cuando ese exceso de horas semanales sea compensado a lo largo del año. Ante esta dualidad de opciones interpretativas, parece que la segunda de estas teorías es la más coherente y la que mejor se adapta a la heterogeneidad del mercado español. Seguramente, habrá áreas de actividad en las que resultará, verdaderamente, complicado implantar la prohibición legal de realizar más de treinta y ocho con cinco horas a la semana. Sin embargo, si esta referencia la ampliamos al término del año, puede que la propuesta presentada por el Gobierno tenga mayor viabilidad, ya que concede a los interlocutores sociales mayor margen de adaptación de la medida a las particularidades de cada rama de actividad o empresa.

El ET ha de contener normas generales capaces de responder a la diversidad del mercado, siendo la negociación colectiva la encargada de concretar dichas reglas en atención a la estructura productiva y las características específicas del sector o empresa de que se trate. En efecto, serán los agentes sociales los que han de asumir la responsabilidad de decidir en qué formato se va a materializar la nueva jornada

36. Recientemente, España ha aprobado la transposición de la Directiva 2019/1152 con el propósito de, precisamente: 1) reconocer a la persona trabajadora un nuevo derecho a la previsibilidad respecto de las circunstancias en las que va a trabajar, incluido el horario; 2) reforzar la obligación de información escrita sobre las condiciones de trabajo; 3) presumir el contrato laboral como indefinido y a jornada completa, en el caso de que se incumpla este deber de información; o, en fin, 4) establecer nuevas sanciones para garantizar el cumplimiento de esta obligación.

37. Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

38. Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2022.

laboral reducida del art. 34.1 ET. Esta decisión ha de depender de varios factores, como, por ejemplo: 1) la tipología del servicio prestado; 2) el flujo de trabajo; 3) las demandas de la clientela; 4) la organización de la producción dentro de la dinámica empresarial; o 5) las necesidades de los trabajadores (v. gr., de recuperación o conciliación). Así las cosas, en atención a estas circunstancias (y siempre respetando la referencia genérica de las treinta y ocho horas y media semanales, en cómputo anual), los interlocutores sociales podrían aplicar la reducción de la jornada a través de múltiples medidas. A estos efectos, son interesantes los datos aportados por varios de los proyectos piloto presentados, pues, en ellos, se evidencian algunas de las formas en las que se puede hacer efectiva esta iniciativa.

En primer lugar, las empresas pueden apostar por reducir la jornada laboral diaria, de modo que, el último día de la semana, el trabajador no haya realizado más de treinta y ocho con cinco horas. A propósito de esta opción, se concluye que la primera de las teorías interpretativas del texto de la última iniciativa legislativa presentada ante el Congreso de los Diputados (entender la referencia máxima del art. 34.1 en términos semanales) es, en verdad, una de las posibles concreciones de dicha propuesta. Junto a esta opción de materialización, en segundo lugar, la empresa también puede establecer una parada de actividad para toda la plantilla el último día de la semana, redistribuyendo las treinta y ocho horas y media entre los restantes días (esto se correspondería con la idea de la ‘semana de cuatro días’). De no ser posible esta última opción, en tercer lugar, se podría plantear una interrupción de la actividad laboral por turnos, de manera que, durante una semana, uno de los grupos descansa el día de parada y el otro trabaja, alternándose en la siguiente. En cuarto lugar, cabría pensar en un aumento de los días de vacaciones. De acuerdo con esta última posibilidad, la distribución semanal de la jornada no sufriría ningún tipo de modificación, pudiendo el trabajador prestar servicios durante más de treinta y ocho con cinco horas a la semana, pero compensando este desfase con días de descanso completos, que han de calificarse conforme al art. 38 ET. En quinto lugar, se podría pensar en la creación de una bolsa de horas, de modo que los excesos semanales se vayan acumulando y generen, en beneficio del trabajador, el derecho a solicitar (sin justificación) horas o días libres para atender cuestiones personales.

En definitiva, la reducción de la jornada laboral no se puede aplicar de manera homogénea y generalizada, sino que ha de concretarse de distinta forma para cada sector y compañía. Incluso, dentro de una misma organización podrían coexistir distintos modelos de implantación, pues las características de cada uno de los departamentos que conforman la estructura empresarial así lo pueden aconsejar. En todo caso, de lo que no hay duda es que la implementación de esta iniciativa conllevará cambios organizativos en el seno de la empresa, algunos de ellos intrínsecos a la aplicación de la reducción de la jornada y otros –extrínsecos– buscados intencionadamente por el empleador. En un contexto en el que los tiempos de trabajo disminuyen, el empresario puede verse tentado a introducir determinados cambios (productivos y de gestión) que se dirijan no solo a mantener las ratios de productividad y eficiencia empresarial, sino a mejorarlas. Con tal propósito, el empleador podría intentar modernizar ciertos

procesos de producción (v. gr., automatizando determinadas tareas) o introducir nuevas formas de administración de la plantilla, a través, por ejemplo, de la instalación de *softwares* destinados a esta función³⁹.

Cuarta consideración. Afectación a otras instituciones laborales. La actual regulación del tiempo de trabajo se presenta como un entramado normativo complejo en el que existe una disposición central y otras 'secundarias'. En esta arquitectura jurídica, el art. 34.1 ET (relativo a la jornada máxima anual) es la pieza angular del sistema. A partir de esta disposición, se configuran otras reglas que, de una u otra forma, facultan flexibilizar, diversificar y adaptar la ordenación e, incluso, la duración del trabajo a las necesidades de la empresa o del empleado. Por ejemplo, el art. 34.2 ET permite la distribución irregular de la jornada, siempre que no se supere el límite máximo de trabajo (40 horas semanales en promedio de cómputo anual) y se respeten los tiempos de descanso. Igualmente, el art. 34.3 ET autoriza la posibilidad de que, por negociación colectiva, se establezca una jornada laboral diaria superior a la legal (de nueve horas), siempre que esos desfases sean compensados a lo largo del año, de manera que, en ningún caso, se supere aquella referencia máxima anual. Por su parte, el art. 34.8 ET contempla el derecho de los trabajadores a solicitar la adaptación de la distribución o duración de la jornada por motivos de conciliación. Además, en el ámbito del contrato a tiempo parcial, se permite la ampliación de las horas contratadas inicialmente mediante acuerdo de las partes, a los efectos de adaptar la capacidad de la fuerza de trabajo a las demandas de producción [art. 12.4.c) ET]⁴⁰.

En este contexto, siendo el art. 34.1 ET la pieza clave del sistema normativo, la reforma de dicho precepto, seguramente, afectará a las demás disposiciones. De este modo, si el legislador no repara en esta cuestión, el establecimiento de una nueva jornada máxima legal (limitada a las treinta y ocho con cinco horas semanales para el año 2024) puede dar lugar a efectos indeseados. Por ejemplo, sería interesante reflexionar cómo dicha reducción de tiempos de trabajo puede afectar a la configuración de los permisos contemplados en materia de formación. En este sentido, al disponer el trabajador de mayor tiempo personal y siendo la formación un elemento clave para mantener y mejorar la empleabilidad de aquel, podría resultar interesante ampliar los períodos temporales y mejorar las condiciones en las que se otorgan dichas licencias, algunas de

39. Para un análisis de la gestión algorítmica del trabajo y de sus peligros, consúltese, Todolí Signes, A.: *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*, Aranzadi, Navarra, 2023. Igualmente, Mercader Uguina, J.R.: *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

40. Lahera Fortaleza, J., "La jornada laboral semanal de cuatro días" *op. cit.*, p. 2, define la actual regulación del tiempo de trabajo como un ordenamiento eminentemente flexible y dinámico que responde a cuatro factores: 1) el factor organizativo-empresarial, en la medida en que la reglamentación de esta materia está cada vez más condicionada por la organización de la producción, promoviendo fórmulas flexibles que se acomodan a la estructura y las demandas de la empresa; 2) el factor singular de la diversidad, ya que la regulación vigente cada vez es más heterogénea con reglas diferenciadas en atención al sector, la actividad laboral y la situación personal del trabajador; 3) el factor económico, pues la duración y ordenación de los tiempos de trabajo atienden, cada con más frecuencia, a las circunstancias económicas del mercado español, autorizando la reducción de horas laborales en función de las causas coyunturales de la empresa en cuestión o de la propia economía; y 4) el factor social, por cuanto esta normativa está afectada por los derechos de conciliación laboral y familiar, en sus distintas variantes y formulaciones.

ellas ya retribuidas por ley (como la del art. 23.3 ET). Por otra parte, habría que valorar esta propuesta legislativa con relación al contrato a tiempo parcial, en la medida en que la reformulación del art. 34.1 ET puede suponer una disminución salarial para estos trabajadores. Si, actualmente, la referencia para la suscripción de este tipo contractual son las cuarenta horas semanales, la disminución de esta jornada máxima puede suponer, como efecto directo, una reducción de las horas efectivamente contratadas a través de esta modalidad. De esta manera, al reducir el tiempo por el cual se contrata a tiempo parcial, la empresa podría pretender aplicar una reducción de salario. Además, como otro efecto colateral, la reducción de la jornada laboral podría conllevar un mayor recurso a las horas extraordinarias. Ante tal circunstancia, se insta a los interlocutores sociales y al propio legislador a que perfeccionen los sistemas de control, para evitar usos abusivos que conviertan la iniciativa planteada en ‘papel mojado’.

IV. EL REGISTRO HORARIO: UN ANÁLISIS CRÍTICO Y DE FUTURO

La reducción de la jornada laboral ordinaria no es la única medida necesaria a implantar en el ámbito de la regulación del tiempo del trabajo. Junto a ella deben prosperar otras iniciativas, de las cuales va a depender la efectividad práctica de aquella. De nada vale que se reformule el art. 34.1 ET y se incentive a que la negociación colectiva proceda a una disminución progresiva de los tiempos de trabajo, si esto no va acompañado de mecanismos de control que garanticen el respeto de lo acordado. En este sentido, se estima necesario que el legislador y los interlocutores sociales vuelvan a reflexionar acerca de, particularmente, el derecho a la desconexión digital y la obligación empresarial de registro horario. Dos instituciones que, pese a ser diferentes en su fundamento y configuración jurídica, de forma complementaria⁴¹, conforman un robusto armazón de defensa frente a los excesos de jornada, provocados por iniciativa, bien de la empresa, bien del propio trabajador. A propósito de estas figuras, el estudio de fundamentación elaborado con relación a la Ley de usos de tiempo⁴² reconoce, por una parte, la urgente necesidad de concretar el contenido del derecho del trabajador a permanecer desconectado y ajeno a cualquier requerimiento empresarial durante sus períodos de descanso. Por otra parte, dicho informe también demanda intensificar el control de las horas laborales ordinarias y, especialmente, extraordinarias, para lo cual se ha de reclamar la utilización de sistemas de registro horario más eficaces y fiables.

41. Serrano Argüello, N., evidencia entre ambas figuras una cierta interdependencia, en la medida en que la efectividad del derecho a la desconexión digital depende, primeramente, de que existan normas que delimiten de manera nítida los períodos de trabajo de los de descanso (siendo estos últimos el ámbito objetivo de aplicación de aquel derecho). Precisamente, el registro horario contribuye a esa demarcación de tiempos. Véase de esta autora, “La desconexión digital y su incidencia en la ordenación del tiempo del tiempo de trabajo. A propósito de la regulación independiente del derecho a la desconexión digital”, en *VV.AA. Relaciones laborales e industria digital: redes sociales, prevención de riesgos laborales, desconexión y trabajo a distancia en Europa*, Fernández Collados, M.ª B. (directora), Aranzadi, Navarra, 2022, p. 179.

42. *Cit.*, p. 11.

La intención de este apartado no es ofrecer un análisis pormenorizado ni del derecho a la desconexión digital (art. 88 LOPDGDD)⁴³ ni del registro horario, sino un comentario crítico de, especialmente, la última figura comentada. En todo caso, una reflexión de este tipo lleva, necesariamente, a mencionar los antecedentes históricos de esta institución. En esta línea, basta recordar que el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo (en lo siguiente, RDL 8/2019)⁴⁴ introdujo, en el art. 34.9 ET, la obligación del empresario de contabilizar los tiempos de prestación de servicios de sus trabajadores. Un reconocimiento con el que se pretendía: 1) garantizar el cumplimiento de los límites en materia de jornada; 2) crear un marco de seguridad jurídica, tanto para las personas trabajadoras como para las empresas; y 3) posibilitar un control más efectivo por parte de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (en adelante, ITSS). Sin embargo, cuatro años después de este nuevo deber empresarial, se corrobora que la efectividad real del mismo no es la que se esperaba. Prueba de tal afirmación son los últimos datos aportados por el *Instituto Nacional de Estadística* (INE), que evidencian que los trabajadores españoles todavía siguen realizando numerosas horas extraordinarias no registradas, que el empleador ni remunera ni, en consecuencia, paga por ellas a la Seguridad Social⁴⁵. Así las cosas, puede que sea necesario replantearse la obligación del art. 34.9 ET, o, cuanto menos, su configuración jurídica, a los efectos de identificar las posibles causas de su falta de éxito y eficacia práctica.

El art. 34.9 ET establece dos deberes empresariales diferentes: 1) el de registro diario de la jornada laboral, incluyendo el momento de inicio y finalización; y 2) el de documentación y conservación de los registros efectuados durante, al menos, cuatro años. Dicho precepto no se explaya en la ordenación de ambas obligaciones, ofreciendo poca infor-

43. A estos efectos, consúltese, entre otros, Taléns Visconti, E.: "La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva", *Revista de información laboral*, núm. 4, 2018 (BIB 20188599). Igartua Miró, M.ª T.: "El derecho a la desconexión digital en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 432, 2019. Igualmente, Torres García, B.: "Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica", *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, vol. 8, núm. 1, 2020.

44. Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo. Este texto legal da respuesta a las demandas expuestas en varias sentencias judiciales anteriores, en las que se debatió la procedencia de un registro de jornada (que no de horas extraordinarias), siendo la más importante la sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) 207/2015, de 4 de diciembre de 2015 (núm. proc. 301/2015), anulada por la sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 23 de marzo de 2017 (núm. cas. 81/2016). En esta última resolución, si bien no se acogió la pretensión solicitada, al entender que el registro de jornada no es una obligación legal que exigir al empresario en concordancia con lo establecido por la antigua redacción del ET, sin embargo, sí se llegó a reconocer que, "de lege ferenda, convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de realización de horas extraordinarias". Ya, con posterioridad a la aprobación del RDL 8/2019, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 14 de mayo de 2019 (Asunto C-55/18) respaldó la implantación obligatoria de dicho registro, abogando por la implantación de un sistema objetivo, fiable y accesible. Para una reflexión crítica acerca del valor del resultante RDL 8/2019, consúltese, Molina Navarrete, C.: "¿«Espíritu social», ¿«técnica maquiavélica»? : el «derecho» que queda de las «leyes de viernes social» al desvanecerse su «humo político»", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 433, 2019, pp. 5-27.

45. Los datos publicados por el INE del último trimestre de 2023 señalan que la fuerza de trabajo española ha realizado, cada semana, unas 6.341 horas extraordinarias, de las cuales el 39 por 100 han quedado sin abonar. Consúltese estos datos en el siguiente enlace: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4366&L=0> (última visita 20.02.2024).

mación en cuanto a su configuración jurídica. Así, en primer lugar, no se precisa qué se va a registrar, si solo el inicio y el final de la jornada laboral diaria o, también, los tramos de actividad e inactividad. A este respecto, varios autores manifestaron que el registro exclusivo de estos dos momentos (comienzo y finalización) es insuficiente, en tanto que pueden existir descansos 'intrajornada' que, de acuerdo con el convenio colectivo de aplicación, no han de ser tenidos en cuenta a los efectos de contabilizar el trabajo efectivo⁴⁶. En el mismo sentido se pronuncia la *Guía sobre registro de jornada*, aprobada por el Ministerio de Trabajo⁴⁷, que, careciendo de naturaleza imperativa, aconseja la contabilización de todos los elementos configurativos internos de la jornada laboral diaria, especialmente, en los casos en los que esta se ordena de manera flexible. A diferencia de aquellos contextos laborales en los que se repite siempre un mismo patrón temporal, cuando la jornada diaria no se manifiesta igual día tras día (teniendo el trabajador o el empresario la capacidad para variar la distribución e, incluso, la duración de la misma), puede resultar complicado la prueba de, por ejemplo, un exceso de horas o la calificación de laboralidad del accidente acaecido. De ahí que, para estos supuestos, se reclame con mayor intensidad la necesidad de contabilizar todos los parámetros temporales que conforman la jornada laboral diaria. A los efectos de zanjar esta cuestión, alguna doctrina⁴⁸ aconseja que la empresa elabore un protocolo o una política de registro horario detallada, en la que se defina de forma clara qué se entiende por tiempo de trabajo y qué períodos (v. gr., de desplazamiento o de cambio de ropa) y pausas se han de contabilizar.

En segundo lugar, se reprocha que el art. 34.9 ET no precise, en ninguno de sus apartados, las características que ha de reunir el instrumento mediante el que se va a efectuar este control de tiempos. Según su redacción, el convenio colectivo, el acuerdo de empresa o el empresario (por decisión unilateral, aun con previa consulta de los trabajadores) serán los encargados de decidir el sistema de registro que, a la par que ha de permitir fiscalizar la duración y la distribución de los períodos laborales, deberá ser capaz de responder a las demandas de flexibilidad que reclaman algunos tipos de trabajo⁴⁹. Ciertamente, esta remisión a lo pactado o decidido por estos agentes puede resultar conveniente, pues ellos son los sujetos más idóneos

46. Blasco Pellicer, A. A. y López Balaguer, M.: "Ámbito objetivo de aplicación legal de registro ¿qué es lo que hay que registrar?", en *VV.AA. Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación*, Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Monreal Bringvaerd, E.J. (directores), Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 73-110.

47. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf> (última visita 20.02.2024)

48. Novoa Mendoza, A.: "Evolución y actualidad de la obligación empresarial de registro horario", en *VV.AA. Más allá de la oficina: desafíos laborales emergentes en un mundo hiperconectado*, Trujillo Pons, F. (director), Aranzadi, Navarra, 2023, p. 181.

49. La operatividad de un sistema de registro es, perfectamente, compatible con la ordenación flexible de los tiempos de trabajo. De hecho, así lo reconoce el propio art. 39.4 ET cuando, al establecer esta obligación empresarial, precisa que la misma se ejecutará "sin perjuicio de la flexibilidad horaria" pactada. Incluso, se llega a considerar que la instauración de estos mecanismos de control no solo es procedente, sino recomendable en modalidades contractuales regidas por esa dispersión de tiempos, en vistas de que a través de estos sistemas se pueden disuadir prácticas que, con invocación de la flexibilidad horaria, dan lugar a exceso de horas de trabajo. En este sentido, se manifiesta el Criterio Técnico 101/2019, sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada, de 7 de julio de 2019, p. 2. Documento disponible en el siguiente enlace: https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_101_2019.pdf (última visita 21.02.2024)

para ajustar el mecanismo de registro a las concretas circunstancias de la empresa o sector⁵⁰. Con todo, quizá esta delegación en favor de la autorregulación no debiera hacerse en términos absolutos, sino relativos. En este sentido, el art. 34.9 ET, al tiempo que delega en la negociación colectiva o en la política empresarial la elección del sistema, podría establecer unas garantías que este habría de respetar. Ahora bien, la ausencia de estas condiciones legales mínimas no significa que se pueda validar cualquier tipo de mecanismo, pues este habrá de respetar unos parámetros jurídicos que resultan exigibles en esta materia y que se desprenden de la STJUE de 14 de mayo de 2019, *cit.* En esta resolución se establece que todo sistema de registro (manual, analógico o digital) ha de ser *objetivo, fiable y accesible*, permitiéndole al empleado acceder de manera sencilla a datos veraces relativos a la duración efectiva del trabajo realizado y facilitándole la prueba, en caso de vulneración de los derechos que le confieren los arts. 3, 5 y 6.b) de la Directiva 2003/88.

Con todo, la ausencia de garantías en el art. 34.9 ET y la generalidad con la que se pueden entender las exigencias mencionadas en la STJUE han conducido a un escenario en el que se han validado sistemas cuya legalidad es dudosa. En esta línea, es ilustrativa la STS de 18 de enero de 2023⁵¹ que ratificó la validez de un sistema de registro basado en la declaración unilateral del trabajador, que había de inscribir, diariamente, el momento de inicio y finalización de la jornada, así como el número de horas efectivas de trabajo, descontando a tal efecto los tiempos de descanso y cualquier otra interrupción. En este supuesto, la parte demandante entendía que este método de 'autodeclaración' sobre la duración de los tiempos de trabajo no era ni objetivo ni fiable, en la medida en que condicionaba al trabajador a la hora de reflejar la jornada diaria, verdaderamente, realizada. El empleado podría sentir algún tipo de temor de hacer constar la realización de una jornada superior a la que legal o convencionalmente le correspondía, autocensurándose y modificando las horas de trabajo reales a los efectos de acomodarlas a lo pedido por la empresa⁵². Sin embargo, pese a lógica de los argumentos esgrimidos, el alto tribunal los rechazó, justificando la validez del sistema, principalmente, en un único fundamento: la indefinición de los conceptos de 'fiabilidad' y 'objetividad' impedía calificar como ilegal un mecanismo por el solo hecho de que se delegara la responsabilidad absoluta de contabilizar los tiempos en la persona trabajadora. En igual sentido, en otra sentencia⁵³, el TS validó un mecanismo

50. Sobre esta cuestión existe una división doctrinal, en la medida que ciertos autores defienden que los convenios colectivos de ámbito empresarial son los más adecuados para la regulación de esta materia, mientras que otros apuestan por los de sector. De la primera posición es Marín Alonso, I.: "La obligación empresarial de registro de la jornada ordinaria de trabajo ante el derecho de la Unión europea y el derecho interno", *Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019, p. 118. A favor de la segunda tesis, Arias Domínguez, A.: "Registro de jornada y supresión de las horas extraordinarias que se compensan con descanso, la estrategia y el objetivo", *IUSLabor*, núm. 2, 2017, p. 17.

51. Rec. cas. 78/2021.

52. De la misma opinión, De Heredia Ruiz, I.B.: "Es válido un registro de jornada basado en la declaración unilateral del propio trabajador", *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog*. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://ignasibeltran.com/2023/01/27/es-valido-un-registro-de-jornada-basado-en-la-declaracion-unilateral-del-propio-trabajador-sts-18-1-23/> (última visita 21.02.2024).

53. STS de 5 de abril de 2022 (rec. cas. 7/2020).

de registro con factor corrector. En esta ocasión, el sistema consignaba como horas de trabajo todas las transcurridas entre el encendido y apagado del ordenador, sin contabilizar los tiempos que el trabajador dedicaba a pausas o interrupciones. De la totalidad de la jornada transcurrida entre aquellos dos momentos (inicio y finalización de la jornada diaria) se descontaba un tiempo preestablecido que, de antemano, se atribuía a los descansos intrajornada –treinta minutos en jornada continuada y dos horas en partida–. De este modo, las horas registradas como tiempo de trabajo eran el resultado de una fórmula estimativa y no de una contabilización real de los tiempos durante los cuales el trabajador prestaba servicios.

La credibilidad y la neutralidad de las inscripciones realizadas y, en consecuencia, la eficacia práctica del derecho-deber reconocido en el art. 34.9 ET dependerán del mecanismo elegido. Cuanto más compacto y exhaustivo sea este, más fiable será el registro de horas efectuado. Así las cosas, puede que, en su momento, el legislador fuera un tanto indulgente al regular esta concreta cuestión, no condicionándola al cumplimiento de ninguna garantía ni, tan siquiera, mencionando la utilidad que, en este ámbito, pueden desempeñar las herramientas digitales. A estos efectos, las nuevas tecnologías son un instrumento, verdaderamente, funcional para efectuar un control de la duración y la distribución de la jornada laboral en las condiciones indicadas por la STJUE (con objetividad, fiabilidad y accesibilidad). Tal es así que los sistemas digitales de registro son los que más confianza generan en esta materia, sobre todo aquellos que operan de modo totalmente automatizado, sin exigir del trabajador ningún tipo de autodeclaración (sobre la calificación de los tiempos dedicados a cada una de las actividades realizadas) y eliminando la posibilidad de manipulación posterior de los registros realizados (como elemento de ajuste entre los tiempos debidos por el contrato y los contabilizados). No hay duda de que el registro efectuado mediante una monitorización del equipo de trabajo o un control de la conexión del empleado a la intranet de la empresa (que accederá a través de, por ejemplo, un control biométrico) ofrece una inscripción de horas verosímil y ajustada a la realidad. En contraposición, el fichaje efectuado en una hoja de papel o de Excel⁵⁴ puede resultar dudoso, en vista de que, por una parte, la veracidad de la información introducida dependerá de la buena voluntad del trabajador y, por otra, es un registro fácilmente manipulable, bien por el empleado, bien por la empresa.

El potencial de las nuevas tecnologías como mecanismos de registro horario fue advertido ya por el Gobierno. Así, en el acuerdo de coalición entre PSOE y Sumar, junto con la aprobación del nuevo ET del siglo XXI y la reducción de la jornada, se recogía el compromiso de reforzar “los instrumentos de registro horario con el uso de nuevas tecnologías para asegurar el cumplimiento de las normas en todas las empresas”, instando al uso de la inteligencia artificial (IA) y de la tecnología algorítmica para el control

54. La SAN de 15 de febrero de 2022 (núm. proc. 356/2021) declara nulo un sistema de registro horario manual. Ciertamente, la causa de la nulidad no se basa en la inverosimilitud del soporte del registro (papel), sino en el hecho de que en el documento que el trabajador firmaba ya constaba, de manera prefijada, la hora de salida. De esta manera, se estimó que el sistema no era ni objetivo ni fiable, pues estaba manipulado de antemano por la empresa.

efectivo del tiempo. Ahora bien, aunque a través de estos instrumentos digitales se pueden conseguir sistemas más neutros, objetivos y fiables, su utilización puede generar conflictos⁵⁵ en el ámbito del derecho a la intimidad⁵⁶ y protección de datos. En efecto, existen determinadas técnicas de registro que, bien por su propia naturaleza (*softwares* de presencia basados en datos biométricos), bien por su indebido uso, pueden entrar en colisión con las garantías mencionadas. Si un sistema de registro correctamente diseñado puede funcionar como un medio de protección de los derechos de la persona trabajadora, también puede convertirse en “una herramienta de desprotección, explotación o simple control de los incumplimientos laborales”⁵⁷, legitimando, en ocasiones, la procedencia del poder disciplinario⁵⁸.

Los riesgos asociados a estas tecnologías (como sistemas de registro horario) se podrían resumir en su capacidad para extraer un gran volumen de información del trabajador, que, *a posteriori*, puede ser utilizada por el empresario para la adopción de determinadas decisiones (v. gr., a quién despedir o promocionar). Por ejemplo, el registro a través del monitoreo del ordenador (contabilizando las horas entre el encendido y el apagado de este instrumento) es capaz de reportar información sobre el número de tareas realizadas por hora, la capacidad de trabajo del empleado o, también, las páginas visitadas. A este respecto, más problemáticos parecen aquellos sistemas que utilizan datos biométricos, pues del dato que se utiliza para el registro (como el patrón del iris o del rostro), y que, en principio, se presume inocuo, se pueden extraer otra serie de informaciones más sensibles, como la relativa a su estado de salud o raza. En este último caso, el registro horario usa una característica del trabajador que sirve para identificarlo y proceder, con base en ese reconocimiento, al control de cada momento de la jornada laboral diaria. Las ventajas de este tipo de sistemas frente a otros (incluso, también, de naturaleza digital) es su neutralidad, dada la imposibilidad de compartir datos biométricos entre los empleados. En efecto, con otros sistemas (por ejemplo, de usuario y contraseña o tarjeta personal) se pueden cometer irregularidades (v. gr., compartir estos códigos identificativos), sin embargo, con este método

55. En cuanto a los efectos de un registro de jornada sin sujeción a límites, véase, García Coca, O.: “El registro de la jornada laboral y la privacidad de los trabajadores”, en VV.AA. *Vigilancia y control en el derecho del trabajo digital*, Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A. (directores), Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 327-352. Sobre este particular, el Comité Económico y Social Europeo (CESE): *Los retos del teletrabajo: organización de la jornada de trabajo, equilibrio entre vida privada y vida laboral y derecho a desconectar (Dictamen exploratorio solicitado por la presidencia portuguesa) (2021/C 220/01)*, p. 2, recuerda que “los métodos de control y registro del tiempo de trabajo deberían estar estrictamente orientados a este objetivo, obrar en conocimiento de los trabajadores y no ser intrusivos ni vulnerar la intimidad del trabajador, en línea con los principios pertinentes sobre protección de datos”. Disponible en el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020AE5278&from=ES> (última visita 21.02.2023)

56. La sentencia del Juzgado núm. 2 de Alicante de 15 de septiembre de 2023 (núm. proc. 489/2023) estima vulnerado el derecho del trabajador a la intimidad por la utilización no autorizada de un *software* de control de presencia como sistema de registro horario.

57. Cairós Barreto, D. M.^a: “Tiempo de Trabajo, digitalización y teletrabajo”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. extra. 13, 2021, p. 13 (versión *La ley digital*).

58. La STS de 27 de mayo de 2021 (núm. cas 182/2019) consideró legal el descuento de salarios en nómina efectuado por la empresa como consecuencia de varias faltas de impuntualidad probadas a través del registro horario. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) Madrid de 22 de septiembre de 2022 (núm. rec. 400/2022) declara procedente el despido de un trabajador que falseaba los datos del registro horario.

se restringen estas prácticas, garantizando que los datos registrados corresponden al trabajador en cuestión⁵⁹. Ahora bien, sus riesgos también son más elevados. Así, la *Agencia española de protección de datos* (AEPD) ha mudado de criterio⁶⁰ acerca del uso de este último tipo de sistemas de registro horario, pues, si antes legitimaba su utilización, ahora parece descartarla⁶¹. El fundamento de este cambio radica en la alta potencialidad lesiva del tratamiento de estos datos, que, caracterizados como “especiales”, requieren de una interpretación garantista del art. 9.1 del Reglamento (UE) 2016/ 679, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos (en lo siguiente, RGPD)⁶².

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El tiempo de trabajo es una de las cuestiones que debe ser abordada en la elaboración del ET del siglo XXI. El contexto socioeconómico actual requiere de unas nuevas reglas de ordenación y cuantificación de la jornada que den respuesta a las necesidades que, en el actual mercado, demanda tanto empresario como trabajador. A estos efectos, las normas que se establezcan han de: 1) responder a las exigencias de la globalización, la digitalización de la economía y los nuevos modelos de trabajo; 2) contribuir a la mejora de la productividad a nivel empresarial y nacional; 3) promocionar la sostenibilidad ambiental; 4) facilitar las tareas de cuidados y la conciliación responsable; y 5) mejorar la salud (física y mental) de las personas trabajadoras. En esta línea, se presenta la propuesta de reducción de la jornada que, de una u otra forma, colabora en la consecución de una regulación del tiempo de trabajo orientada hacia estas cinco metas.

A la espera de ver cómo el legislador plantee, finalmente, la reducción de los tiempos de trabajo (en cuyo momento, se podrá realizar un análisis jurídico más exhaustivo), este trabajo pretende aportar una primera caracterización general de esta medida, con la finalidad de presentarla y destacar las cinco principales ideas sobre las que se debería reflexionar a la hora de articularla. Con este propósito, se destaca, en primer lugar, que el impacto real de la propuesta es escaso, en vistas de que, normalmente, la jornada pactada por convenio colectivo suele situarse, de media, por debajo de la jornada máxima legal. En segundo lugar, la reducción planteada implicará una refor-

59. Muñoz Ruíz A. B.: *Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones. Implicaciones jurídicas-laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 36.

60. Sobre este particular, consúltese Espuga Torné, G.: “La (i)licitud del tratamiento de datos biométricos para el registro de jornada”, en *VV.AA. Más allá de la oficina: desafíos laborales emergentes en un mundo hiperconectado*, op. cit., pp. 139-160.

61. Véase la *Guía sobre tratamiento de control de presencia mediante sistemas biométricos* de la AEPD, de noviembre de 2023. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://www.aepd.es/guias/guia-control-presencia-biometrico.pdf>

62. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. Su art. 9.1 prohíbe, precisamente, “el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física”.

mulación del art. 34.1 ET, desterrando la posibilidad de que la jornada laboral reducida quede regulada en la hipotética Ley de usos de tiempo. En tercer lugar, la materialización de esta medida habrá de realizarse de manera diferente en cada sector o empresa, desempeñando, en esta misión, un papel fundamental la negociación colectiva, la cual, por llamamiento del legislador, debe promocionar una reducción progresiva de los períodos de prestación de servicios. En cuarto lugar, la reforma del precepto mencionado, entendido como disposición central de la regulación del tiempo de trabajo, obliga a repensar la formulación de otras instituciones laborales clásicas, como los contratos a tiempo parcial o la limitación de horas extraordinarias. Finalmente, en quinto lugar, el deseo de conseguir la efectividad práctica de esta medida conduce, necesariamente, a un replanteamiento de los métodos de control del tiempo de trabajo.

Con relación al último punto mencionado en el párrafo anterior, el registro horario se convierte en un mecanismo aliado del art. 34.1 ET. Ahora bien, su errática configuración jurídica en el art. 34.9 ET hace que el mandato contenido en él no sea totalmente efectivo. En este sentido, se critica que dicho precepto no precise: 1) los elementos internos de la jornada laboral (*v. gr.*, tiempos de trabajo efectivo, desplazamientos o pausas) que el registro ha de incluir; 2) las garantías mínimas que todo mecanismo de control de tiempos debe cumplir; y 3) la delegación absoluta que, en la elección del sistema de registro, se hace en favor de la negociación colectiva, el acuerdo de empresa o la política empresarial. En estas circunstancias, esta remisión incondicionada a la autorregulación puede ser la causa de la ineficiencia de este derecho-deber. De hecho, consciente de esta problemática, el actual Gobierno pretende introducir ciertas reformas en esta materia (cuyo alcance todavía se desconoce) apostando por el control de los tiempos a través de los medios digitales. Ahora bien, aunque este tipo de sistemas resulta más fiable, objetivo y accesible, son variados los riesgos que suponen para la protección de los derechos fundamentales. De este modo, se apela a la cautela del legislador a la hora de regular estos sistemas, aplicando, de ser necesario, el principio del art. 18.3 de la Constitución Española, de acuerdo con el cual, "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

Bibliografía

- Anderton, R., Vasco, B. y Reimers, P.: "More digital, more productive? Evidence from European firms", *The ECB (European Central Bank) Blog*. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://www.ecb.europa.eu/press/blog/date/2023/html/ecb.blog230621~3c2f72aa70.en.html> (última visita 10.02.2024)
- Álvarez de la Rosa, M.: "Tiempo de trabajo y productividad: la jornada semanal de cuatro días", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. extra. 13, 2021 (versión *La ley digital*).
- Arias Domínguez, A.: "Registro de jornada y supresión de las horas extraordinarias que se compensan con descanso, la estrategia y el objetivo", *IUSLabor*, núm. 2, 2017.
- Blasco Pellicer, A. A. y López Balaguer, M.: "Ámbito objetivo de aplicación legal de registro ¿qué es lo que hay que registrar?", en *VV.AA. Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por*

- motivos de conciliación*, Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Monreal Bringvaerd, E.J. (directores), Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- Cairós Barreto, D. M.^a: "Tiempo de Trabajo, digitalización y teletrabajo", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. extra. 13, 2021 (versión *La ley digital*).
- De Heredia Ruiz, I.B.: "Es válido un registro de jornada basado en la declaración unilateral del propio trabajador", *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog*. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://ignasibeltran.com/2023/01/27/es-valido-un-registro-de-jornada-basado-en-la-declaracion-unilateral-del-propio-trabajador-sts-18-1-23/> (última visita 21.02.2024).
- De Spiegelaere, S., y Piasna, A.: *The why and how of working time reduction*, European Trade Union Institute (ETUI), 2017, p. 49. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://www.etui.org/sites/default/files/2020-07/The%20why%20and%20how%20of%20working%20time%20reduction-2017-WEB-2.pdf> (última visita 06.02.2024).
- Espuga Torné, G.: "La (i)licitud del tratamiento de datos biométricos para el registro de jornada", en VV.AA. *Más allá de la oficina: desafíos laborales emergentes en un mundo hiperconectado*, Trujillo Pons, F. (director), Aranzadi, Navarra, 2023.
- Fernández García, A.: "Las ayudas estatales y autonómicas para la implantación de la semana laboral de cuatro días", *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 167, 2023.
- García Coca, O.: "El registro de la jornada laboral y la privacidad de los trabajadores", en VV.AA. *Vigilancia y control en el derecho del trabajo digital*, Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A. (directores), Aranzadi, Navarra, 2020.
- Gómez Gordillo, R.: "Algoritmos y derechos de la información de las personas trabajadoras", *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 157, 2021.
- Igartua Miró, M.^a T.: "La flexibilización del tiempo de trabajo", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. extra. 13, 2021 (versión *La ley digital*).
- Lahera Forteza, J.: "La jornada laboral semanal de cuatro días", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 108, 2023 (versión *La ley digital*).
- Marín Alonso, I.: "La obligación empresarial de registro de la jornada ordinaria de trabajo ante el derecho de la Unión europea y el derecho interno", *Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019.
- Miñarro Yanini, M.: "Del fallido debate de la jornada de 35 horas al de 32: la dialéctica entre reducción o distribución de la jornada de trabajo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 456, 2021.
- Molina Navarrete, C.: "¿«Espíritu social», ¿«técnica maquiavélica»? : el «derecho» que queda de las «leyes de viernes social» al desvanecerse su «humo político»", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 433, 2019.
- Monreal Bringsvaerd, E.: "La reducción por ley de la jornada de trabajo: cinco preguntas", *Briefs ASDTSS*, núm. 67, 2023.
- Muñoz Ruíz A. B.: *Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones. Implicaciones jurídicas-laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Novoa Mendoza, A.: "Evolución y actualidad de la obligación empresarial de registro horario", en VV.AA. *Más allá de la oficina: desafíos laborales emergentes en un mundo hiperconectado*, Trujillo Pons, F. (director), Aranzadi, Navarra, 2023.
- Sala Franco, T.: "Reflexiones acerca de un Estatuto del Trabajo para el siglo XXI", *Briefs AEDTSS*, núm. 1, 2024.
- Serrano Argüello, N.: "La desconexión digital y su incidencia en la ordenación del tiempo del tiempo de trabajo. A propósito de la regulación independiente del derecho a la desconexión digital", en VV.AA. *Relaciones laborales e industria digital: redes sociales, prevención de riesgos laborales, desconexión y trabajo a distancia en Europa*, Fernández Collados, M.^a B. (directora), Aranzadi, Navarra, 2022, p. 179
- Viqueira Pérez, C.: "El Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI", *Briefs AEDTSS*, núm. 4, 2024.



La protección social y las políticas activas de empleo de la población vulnerable: un estudio comparado entre Francia y España*

SOCIAL PROTECTION AND ACTIVE EMPLOYMENT POLICIES FOR THE VULNERABLE POPULATION: A COMPARATIVE STUDY BETWEEN FRANCE AND SPAIN

María José Vicente Vicente

Profesora asociada del Departamento de Ciencia Política y de la Administración

Universidad Complutense de Madrid

mariajosevicente@ucm.es  0000-0002-7962-0362

Segundo Valmorisco Pizarro

Profesor Ayudante Doctor del Departamento de Ciencia Política y de la Administración

Universidad Complutense de Madrid

svalmori@ucm.es  0000-0001-7769-5013

Recibido: 22.11.2023 Aceptado: 21.05.2024

RESUMEN

Los colectivos vulnerables son objeto de estudio recurrente en la investigación académica sobre protección social. La reciente crisis de la COVID, al igual que ocurriera con la crisis de 2008, nos muestra que el acceso al mundo laboral sigue siendo difícil para muchos grupos en riesgo de exclusión. El impacto de esta reciente crisis mundial en ellos ha hecho que se preste especial atención a los sistemas de protección social. En este artículo, se repasan las diferentes políticas puestas en marcha para hacer más accesible el mercado de trabajo y permitir su inclusión sociolaboral. Basándonos en textos legales y programas gubernamentales, se comparan las medidas de protección de estos grupos en el contexto del acceso al empleo en España y Francia, analizando tanto las políticas activas y pasivas como las medidas de protección social puestas en marcha en el contexto del acceso al empleo de ambos países.

ABSTRACT

Vulnerable groups are a recurring object of study in academic research on social protection. The recent COVID crisis, as occurred with the 2008 crisis, shows us that access to the world of work continues to be difficult for many groups at risk of exclusion. The impact of this recent global crisis on them has caused special attention to be paid to social protection systems.

PALABRAS CLAVE

Empleo
Vulnerabilidad
Protección social
Análisis comparado

KEYWORDS

Employment
Vulnerability
Social protection
Comparative analysis

* Este artículo es resultado de una investigación realizada en el área de investigación sobre políticas activas de empleo y protección social para colectivos vulnerables del Instituto Complutense de Ciencia de la Administración (ICCA) de la Universidad Complutense de Madrid.

This article reviews the different policies implemented to make the labor market more accessible and allow for socio-labor inclusion. Based on legal texts and government programs, the protection measures of these groups are compared in the context of access to employment in Spain and France, analyzing both the active and passive policies and the social protection measures implemented in the context of access. to employment in both countries.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. METODOLOGÍA
- III. LAS POLÍTICAS DE EMPLEO Y FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO DE TRABAJO
- IV. LA VULNERABILIDAD SOCIAL Y LA EXCLUSIÓN COMO EJES ESTRATÉGICOS
 - C. La promoción de la inclusión social y la lucha contra la precariedad
 - D. La garantía de la protección social de los colectivos vulnerables
 - E. La vulnerabilidad, la precariedad y la violencia en las mujeres
 - F. La vulnerabilidad y la precariedad en los jóvenes
 - G. Las personas trabajadoras con diversidad funcional
 - H. Los trabajadores inmigrantes
- V. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se analizan las políticas de empleo dirigidas a lograr la inserción o re-inserción laboral de las personas en riesgo de exclusión sociolaboral tanto en España como en Francia. Se han elegido ambos países por su vecindad y por tratarse de dos modelos diferentes de Estados de Bienestar, uno de carácter conservador y bismarckiano (Francia) frente a otro modelo meridional con mucho menor recorrido (España). Dos países en los que las diferencias de presupuesto se han acortado de manera notable en 15 años, así en 2007 Francia era uno de los países con uno de los mayores presupuestos de la Unión Europea en sistemas de protección social (29,3 % del PIB) frente a uno de los presupuestos más bajos (20,2 %) de España. En 2022, España gasta el 28,1 % frente al 31,6 % de Francia. Por otra parte, del total de colectivos en riesgo de exclusión existentes y que señalaremos más adelante, en esta investigación nos centraremos en las mujeres, los jóvenes, las personas con diversidad funcional y las personas inmigrantes.

Ante la elevada tasa de desempleo de algunos países de la UE, entre ellos España, llegando incluso prácticamente a alcanzar una tasa del 27 % (26,94 %) en el primer trimestre de 2013 (siendo en Francia en ese mismo periodo ligeramente superior al 10 %), un gran número de países de la OCDE han tenido que aplicar en las últimas tres décadas diversas políticas públicas destinadas a fomentar el empleo. En Francia, el proceso de implantación se aceleró realmente en los años 80; situación similar vemos en España, con la primera reforma laboral de 1984 y las diversas reformas de los años 90 y de la primera década del siglo XXI. Precisamente desde los años 80, España en muy contadas ocasiones ha tenido una tasa de desempleo inferior al 10 % (únicamente entre el segundo trimestre de 2005 y el primer trimestre de 2008).

Entre el cuarto trimestre de 2008 y el primer trimestre de 2009, se produce la mayor subida de desempleo de los últimos 40 años, pasando de un 13,79 % a un 17,24 % (casi 3,5 puntos porcentuales en un solo trimestre). Estas tasas de desempleo están asociadas, en la gran mayoría de los casos, a situaciones de exclusión social y laboral de ciertos grupos vulnerables. Según el Plan Nacional de acción para la inclusión social del Reino de España (2013-2016), los colectivos más vulnerables son: personas sin hogar, personas con discapacidad, personas mayores, personas en situación de dependencia, personas inmigrantes y personas solicitantes de asilo, mujeres víctimas de violencia de género, población gitana, personas víctimas de discriminación por origen racial o étnico, orientación sexual o identidad de género, personas con problemas de adicción y personas reclusas o exreclusas. Dicho Plan conforma hoy en día la Estrategia nacional de prevención y lucha contra la pobreza y la exclusión social (2019-2023).

Las minorías étnicas, los inmigrantes, las personas con diversidad funcional, las personas sin hogar que viven solas y los niños se enfrentan a menudo a dificultades que pueden agravar la exclusión social, como son los niveles bajos de educación y el desempleo o la precariedad laboral son los grupos a los que el Fondo Social Europeo dedica una especial atención.

La exclusión del mercado laboral es un factor que agrava los riesgos de una exclusión social mucho más amplia. El empleo no puede considerarse la condición sine qua non para la inclusión social, sin embargo, su pérdida es un factor de exclusión que puede llevar a la precariedad, sobre todo si se añaden otros factores externos, lo que se traduce en una exclusión del mercado laboral que puede provocar una exclusión social, lo que hace a los individuos más vulnerables. De ahí la importancia de las medidas de protección social para tratar de amortiguar las consecuencias de esta doble exclusión.

La exclusión social y laboral son, por tanto, los principales factores que provocan la pobreza. En 2021, Eurostat analizó el porcentaje de riesgo de pobreza y exclusión social en los países de la Unión Europea, revelando el número de personas afectadas por la exclusión y la pobreza en el periodo post-pandémico: 26 % en España y 20 % en Francia, siendo la media de la UE del 21'6 %.

Por lo tanto, está claro que los intentos de aplicar políticas de reducción de la pobreza y de inclusión no parecen haber sido eficaces en las últimas décadas. De hecho, al conjunto de grupos señalados anteriormente como vulnerables, ahora se suman otros grupos sociales como los jóvenes en centros de acogida o aquellas personas que se encuentran insertas en el mercado de trabajo pero con unas condiciones laborales que les convierten en trabajadores pobres. Se produce, por tanto, una precariedad que afecta a más personas y una difícil accesibilidad al mercado laboral que excluye progresivamente a más colectivos, haciéndolos más vulnerables.

La pretensión de este estudio es, pues, analizar las políticas de empleo aplicadas por las Administraciones españolas y francesas para evitar la exclusión de los colectivos vulnerables. Este trabajo tiene en cuenta las dificultades de acceso al mercado de trabajo al que se enfrentan muchos colectivos, entre otras cuestiones por razón de género, edad o condiciones físicas. De todos los colectivos vulnerables citados, este

artículo se centrará únicamente en determinados grupos, como las personas con discapacidad, los jóvenes, las mujeres y las personas inmigrantes.

El objetivo es la comprensión y el análisis de las políticas activas de empleo de los dos países, para comparar su eficacia entre sí.

Este trabajo se estructura en diferentes partes. En primer lugar, se explicarán las políticas activas de empleo y su papel en la mejora de la accesibilidad al mundo laboral. En segundo lugar, se abordará el proceso europeo de apertura y accesibilidad al mercado laboral que representa la inclusión activa, y en tercer lugar, se tratarán las diferentes medidas aplicadas para garantizar la protección social y la inclusión en el mundo laboral de los colectivos vulnerables en Francia y España.

II. METODOLOGÍA

Este trabajo está basado en un análisis documental tanto de planes estratégicos para la inclusión sociolaboral de los colectivos en riesgo de exclusión social de ambos países, como de Decretos y Leyes sobre las materias de empleo y protección social, desde los años 80 hasta la actualidad. Como señalamos en la introducción, en esta investigación nos centraremos en las mujeres, los jóvenes, las personas con diversidad funcional y las personas inmigrantes.

Asimismo, se ha realizado un análisis de las políticas públicas de empleo y protección social a través de informes de consulta de la Asamblea General de Francia y comunicaciones de algunos gabinetes ministeriales en España.

La mayoría de los documentos, se han extraído de sitios web oficiales de ambos gobiernos. Se trata de un trabajo que se detiene de manera específica en la temática de la accesibilidad al puesto de trabajo, pero también trata sobre la protección social y las condiciones laborales. Dicho periodo temporal escogido (1980-actualidad) obedece a la aprobación del Estatuto de los trabajadores (1980) y a la firma entre gobierno, sindicatos y patronal del primer Acuerdo Nacional de Empleo (1981) en España, momento en que las medidas de política de empleo comienzan a adquirir una importancia creciente. Tanto España como Francia aún teniendo un gobierno y un sistema de Administración Pública diferente, comparten algunas medidas y políticas de protección social comunes, al ser ambos países miembros de la Unión Europea.

III. LAS POLÍTICAS DE EMPLEO Y FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO DE TRABAJO

La política de empleo se considera un derecho tanto en España como en Francia. En efecto, la Constitución española establece en el artículo 9.2 que los poderes públicos deben intervenir en la política de empleo para “garantizar las condiciones suficientes para que los ciudadanos dispongan de un trabajo que pueda satisfacer las necesidades de su vida profesional y personal”. En Francia, el derecho al trabajo se consagró en el preámbulo de la Constitución de 1958 (art. 17) bajo De Gaulle con la siguiente frase: “Cada

persona tiene el deber de trabajar y el derecho al empleo". Es evidente que, en ambos casos, la política de empleo responde a la constitucionalización del derecho al trabajo.

En España, las políticas de empleo, así como las medidas de protección social, prevén que las Administraciones Públicas establezcan medidas para conseguir la vuelta al empleo de la población desempleada¹.

Según los artículos L5111-1 a L5111-3 del Código de Trabajo francés, el objetivo de la política de empleo es "facilitar la continuidad de la actividad de los trabajadores frente a las transformaciones derivadas de los cambios económicos y favorecer su adaptación a los nuevos empleos (...) promover la puesta en marcha de acciones preventivas, favorecer la cualificación y la inserción de los demandantes de empleo (...) contribuir a la igualdad profesional entre mujeres y hombres"². Con esta definición de la política de empleo, podemos ver claramente la importancia de la intervención de los poderes públicos en la gestión del mercado laboral. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el mercado de trabajo es un mercado en sí mismo, muy diferente de otros modelos de mercado. De hecho, este mercado está en contacto directo con la persona, lo que lo hace flexible y sensible a los cambios que se puedan producir; cambios demográficos, económicos, sociales. De modo que estamos ante un mercado complejo que requiere una regulación laboral que permita el libre intercambio de la oferta y la demanda.

El Real Decreto-ley 3/2011, de 18 febrero, abordaba medidas urgentes para mejorar la accesibilidad al trabajo así como la reforma de las políticas activas de empleo en España durante la crisis. Durante dicha crisis de deuda en la eurozona, España vivió un periodo que requirió la aplicación de una reforma de sus políticas activas de empleo. Estos objetivos eran, según el Boletín Oficial del Estado del 19 de febrero de 2011:

- a) Un aumento de su eficacia para la empleabilidad.
- b) La mejora de la inserción de los desempleados.
- c) La adaptación a la realidad del mercado laboral y a las características del territorio.
- d) La igualdad de oportunidades en el acceso y prioridad en la aplicación de las políticas activas de empleo para los colectivos con dificultades.

En Francia, los objetivos son relativamente similares:

- a) Disminución de los costes de los incentivos a la contratación.
- b) Mejorar la empleabilidad de la población activa.
- c) Formación para grupos vulnerables.
- d) Adaptación de la oferta al mercado según los periodos.

Desde los años 80, el mercado laboral ha sufrido importantes modificaciones y transformaciones. De hecho, se ha producido un importante crecimiento de la población activa

1. Rodríguez Copé, M. L.: "Medidas de políticas de empleo dirigidas a colectivos específicos en la etapa de recuperación económica? La inclusión activa como paradigma", *Temas Laborales*, núm. 137, 2017, pp. 127-162.

2. *Politique de l'emploi (articles L5111-1 à L5112-2), Code du Travail Français*, en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006072050/LEGISCTA000006160802/.

y un profundo cambio en el comportamiento del mercado laboral; las mujeres se han integrado más, en detrimento de los jóvenes y las personas mayores, que tienen más dificultades para encontrar un empleo en la década de 2020 que en la de 1980.

En Francia, el mercado laboral se reguló por primera vez a través del Estatuto de los Trabajadores de 1910. En España, en 1980 se aprobó el Estatuto de los Trabajadores (ET) y tras diferentes modificaciones, actualmente está regulado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

En todo ello es esencial el papel que juegan las políticas activas de empleo a través del Sistema Nacional de Empleo, con el objetivo de reducir el desempleo y fomentar la búsqueda de trabajo. Los cuatro objetivos principales son los siguientes: a) Mejorar la empleabilidad de los jóvenes; b) favorecer la empleabilidad de los otros colectivos especialmente afectados por el desempleo; c) mejorar la calidad de las formaciones profesionales; y d) también impulsar el emprendimiento. Se pondrán en marcha numerosas medidas para reducir este fenómeno del paro, especialmente para el paro estructural que proviene de la falta de cualificación de los trabajadores muy afectados por el desempleo, como son: bonificaciones a las empresas por contratar, formación profesional para cualificar a los desempleados, ayudas a la formación continua e invertir en el futuro del mercado del trabajo, con una mirada hacia el sistema educativo y su manera de comprender el panorama laboral actual.

A diferencia de las políticas pasivas, las políticas activas de empleo se caracterizan por la anticipación que las acompaña. De hecho, pretenden prevenir y contrarrestar los posibles efectos negativos que podrían influir en el mercado laboral y alterar las condiciones socioeconómicas.

La nueva Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo (2021-2024), aprobada en Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre³, es una herramienta para la reforma y modernización de las políticas activas de empleo que surge como respuesta al impacto que la crisis socioeconómica producida por la pandemia de la Covid-19 ha tenido en el empleo en España. La Estrategia se integra en el marco de las actuaciones en materia de Política de Empleo y se encuentra estrechamente ligada al programa *Next Generation EU*, a las actuaciones previstas en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y a los compromisos adquiridos con Europa en el denominado "componente 23". El objetivo final de esta Estrategia es hacer frente a los problemas estructurales del mercado laboral mediante la personalización, digitalización y modernización de los servicios y reforzando las políticas activas de empleo para su mayor eficacia, constituyendo un instrumento con el que fomentar la empleabilidad de las mujeres, los jóvenes, las personas en desempleo de larga duración y las personas en expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE).

3. Servicio Público de Empleo Estatal: *Publicada la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024*, 7 de diciembre de 2021, en: <https://sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/noticias/detalle-noticia?folder=/SEPE/2021/Diciembre/&detail=Publicada-la-Estrategia-Espa-ola-de-Apoyo-Activo-al-Empleo-2021-2024>.

En la actualidad, según la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, se consideran colectivos vulnerables de atención prioritaria, a los efectos de esta ley, a las personas jóvenes especialmente con baja cualificación, personas en desempleo de larga duración, personas con discapacidad, personas con capacidad intelectual límite, personas con trastornos del espectro autista, personas LGTBI, en particular trans, personas mayores de cuarenta y cinco años, personas migrantes, personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional en los términos establecidos en la normativa específica aplicable, personas víctimas de trata de seres humanos, mujeres con baja cualificación, mujeres víctimas de violencia de género, personas en situación de exclusión social, personas gitanas, o pertenecientes a otros grupos poblacionales étnicos o religiosos, personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración, personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones, personas víctimas del terrorismo, así como personas cuya guardia y tutela sea o haya sido asumida por las Administraciones públicas, personas descendientes en primer grado de las mujeres víctimas de violencia de género y personas adultas con menores de dieciséis años o mayores dependientes a cargo, especialmente si constituyen familias monomarentales y monoparentales, entre otros colectivos de especial vulnerabilidad.

En Francia, las políticas activas de empleo se impulsan desde el sistema de Inserción por Actividad Económica (IAE) que permite a las personas retiradas o en riesgo de exclusión por motivos socio-profesionales beneficiarse de un acompañamiento reforzado para formarse en un empleo⁴. El régimen de apoyo a la reinserción profesional del gobierno francés se introdujo en 1979, el 10 de septiembre, mediante la Circular 44. Posteriormente, el 3 de enero de 1991, la creación del *Conseil National de l'Insertion par l'Activité Économique* (CNIAE) completó el sistema, permitiendo la puesta en marcha de ayudas financieras a las empresas de inserción laboral para personas al borde de la exclusión. Tanto en España como en Francia, el objetivo de las políticas activas de empleo es hacer hincapié en la integración laboral y la sostenibilidad del empleo.

IV. LA VULNERABILIDAD SOCIAL Y LA EXCLUSIÓN COMO EJES PRIORITARIOS

La definición de vulnerabilidad difiere según los campos disciplinarios. Aunque no existe una definición general de personas vulnerables, se puede considerar que son aquellos grupos que, por sus condiciones sociales, culturales, económicas o mentales, se encuentran en riesgo de exclusión social o marginación. Por lo tanto, son grupos que se enfrentan a condiciones de riesgo que crean una barrera para la integración en el desarrollo y el acceso a mejores condiciones de bienestar. Así, quedan excluidos de la sociedad y se encuentran en un equilibrio desigual desde el punto de vista económico, cultural y social. La tipología de estos grupos es diversa.

4. República Francesa, Ley de 27 de enero de 1987.

Para comprender los factores que provocan la exclusión social, debemos entender la exclusión social como un fenómeno multidimensional y dinámico, lo que dificulta enormemente su medición⁵. Tradicionalmente se ha tratado de medir la exclusión social a partir de la pobreza, siendo ésta únicamente la manifestación económica de la exclusión. Según el propio Subirats, la medición de este fenómeno requiere del concurso de ocho ámbitos: económico, laboral, formativo, sociosanitario, de vivienda, relacional, político y espacial. Sólo así, de forma completa, lograremos comprender su complejidad. Algunos ejemplos de los factores a estudiar en los diferentes ámbitos son: En el ámbito económico se analizan la renta y la dependencia de los sistemas de protección social (pensiones no contributivas, prestaciones por desempleo, rentas mínimas de inserción, etc.). En el ámbito laboral se tienen en cuenta los datos de desempleo, la precariedad laboral. En el ámbito formativo la desescolarización, el analfabetismo, el fracaso escolar, el abandono del sistema educativo, etc. En el ámbito sociosanitario se analizan la mortalidad, las enfermedades mentales, discapacidades y enfermedades relacionadas con el uso de drogas. En el ámbito de la vivienda el acceso a la vivienda, las condiciones del hogar y el hacinamiento. En el ámbito relacional el maltrato a mujeres, ancianos y niños, la escasez de redes sociales familiares o de proximidad. En el ámbito político los factores a tener en cuenta son el acceso a la ciudadanía, la participación política y social. Por último, en el ámbito espacial se consideran las condiciones del barrio (equipamientos y recursos), la inseguridad ciudadana, la cohesión social.

Tabla 1

*Desglose de datos de personas en vulnerabilidad social por género.
Informe sobre vulnerabilidad social. Cruz Roja*

	MUJERES	HOMBRES
Sexo	65,5%	34,5%
Edad 65 a 79 años	71,2%	28,8%
Edad 80 y más años	74,9%	25,1%
Extranjeros/as	61,4%	38,6%
Con familias numerosas	73,2%	26,8%
Con familias monoparentales	91,2%	8,8%
Desempleados/as	67,3%	32,7%
Parados/as de larga duración	67,0%	33,0%
Con familia con todos en paro	70,1%	29,9%
Sin hogar	33,7%	66,3%
Sin ingresos	55,7%	44,3%
Personas con ingresos menores a 426 euros	64,2%	35,8%
Personas con ingresos menores a 600 euros	67,5%	32,5%
Personas con deudas	72,9%	27,1%
Extranjeros/as que sufren discriminación	51,7%	48,3%
Extranjeros/as en situación irregular	46,3%	53,7%
En situación de dependencia	71,0%	29,0%
Con discapacidad	58,0%	42,0%
Con adicciones	17,5%	82,5%
Con violencia familiar (mayoría de mujeres)	91,4%	8,6%

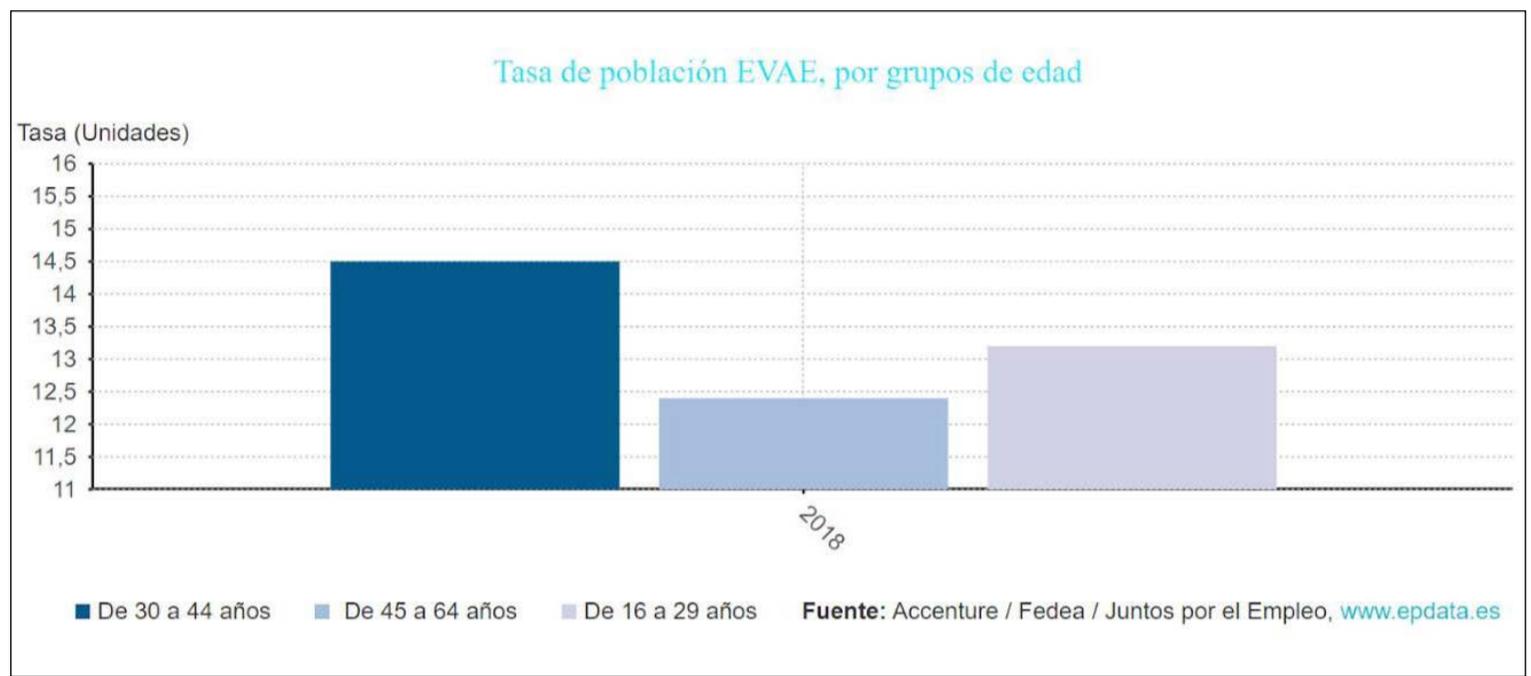
Fuente: Cruz Roja, 2018

5. Subirats, J.: "Análisis de los factores de exclusión social", *Documentos de trabajo (Fundación BBVA)*, núm. 4, 2005.

En concreto, esta situación de vulnerabilidad existente en España y Francia en el momento actual puede estar ligada a factores económicos como la falta de ingresos suficientes, el desempleo, la falta de acceso a los recursos o a razones políticas como la ausencia de participación política, o la carencia de poder. También puede estar vinculado a razones socioculturales derivadas de la marginación, la falta de accesibilidad al sistema educativo nacional o el acceso a la salud.

Tabla 2.

Tasa de población Especialmente Vulnerable ante el Empleo (EVAE) en función de la edad.



Fuente: Accenture / Fedea / Juntos por el Empleo, EpData, 2019, – España, 2

A. La promoción de la inclusión social y la lucha contra la precariedad

El 3 de octubre de 2008 la Comisión Europea aprueba la recomendación sobre “inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral”. España se incorpora a la Estrategia de Lisboa sobre inclusión activa mediante el desarrollo de las políticas de la UE en materia de inclusión social que se ponen en marcha desde la Cumbre de Niza 2000. Se trata de un conjunto de medidas destinadas a abordar diversas dificultades, como la pobreza laboral, el desempleo de larga duración⁶, las desigualdades de género y la exclusión social. Por lo tanto, la inclusión activa utiliza tres principios principales para lograr sus diferentes objetivos: en primer lugar, un apoyo adecuado a los ingresos y una ayuda a la búsqueda de empleo. En segundo lugar, los mercados laborales deben ser lo más accesibles posible, evitando la pobreza laboral. Por último, la inclusión activa necesita el acceso a servicios cualitativos que ayuden a la ciudadanía activa y, por tanto, a la vuelta al trabajo. La inclusión activa es una cuestión europea y de cada Estado miembro. La Comisión Europea el 17 de octubre de 2007 propuso una estrategia global de “inclusión activa para la integración de las personas excluidas

6. Aguilar González, M. C.: “Desempleo de larga duración, colectivos vulnerables y la reformulación de las políticas activas de empleo”, *Lan Hanemarrak. Revista de Relaciones Laborales*, núm. 46, 2021, pp. 114-143.

del mundo del trabajo”⁷. En esta comisión, el objetivo era organizar el apoyo financiero y social para la reinserción y se basaba en los mismos tres ejes. El concepto se retomó en la Comisión del 3 de octubre de 2008, citada anteriormente, y los Estados miembros de la Unión Europea, acordaron una estrategia común basada en el respeto de los derechos de la persona. Estas medidas de inclusión activa se han puesto en marcha en la Estrategia Europa 2020 creada por la Comisión Europea con el objetivo de sacar a 20 millones de personas de la pobreza y la posterior exclusión social mediante el fomento del empleo. Esta estrategia, adoptada el 17 de junio de 2010 por los Estados miembros, pretende alcanzar estos objetivos de crecimiento del empleo, reducción de la pobreza e inclusión, aumentando al mismo tiempo la competitividad de la Unión en la escena internacional.

En Francia, la protección social es una prioridad del gobierno. El 29 de julio de 1998, la ley contra la exclusión (LCE) fue la primera en abordar la participación de los más desfavorecidos en la aplicación de las políticas de lucha contra la pobreza. En 2008 se introdujo la principal ayuda para los pobres en Francia, la garantía mínima para la población en edad de trabajar: la introducción del RSA (*Revenu de Solidarité Active*). Esta RSA es parte integrante de la inclusión activa francesa. España también ha puesto en marcha un enfoque estratégico para el Informe de Estrategias de Protección Social e Inclusión Social 2006/2008, con diferentes retos que afrontar. Para ello, el PNAI 2006-2008 (Plan Nacional de Acción para la Inclusión) ha priorizado los tres ámbitos siguientes: la intervención para la integración socioprofesional de los jóvenes (menores de 30 años), el desarrollo de la oferta de viviendas sociales y la puesta en marcha de la vuelta al empleo para los más excluidos.

En España, debido a la compartimentación del mercado laboral y a la desigualdad de género y de riqueza, la aplicación de políticas activas de empleo e inclusión está muy condicionada. España sigue estrictamente la estrategia de la Unión Europea tras la Comisión de 2008. En efecto, las estrategias españolas de inclusión activa están intrínsecamente ligadas a la inclusión desde el punto de vista profesional, pero también a una integración más general, con el ejemplo de la renta mínima concedida en las comunidades autónomas (RMI) a finales de los años ochenta. La inclusión activa se ve ahora de forma global y se centra en los grupos vulnerables a través de programas específicos. En este sentido, la puesta en marcha del PNAIN 2013/2016 responde a la voluntad del Estado de proteger el Estado de bienestar asegurando la sostenibilidad y viabilidad del sistema de protección social. Este plan de acción constituye una ayuda social activa para los grupos más vulnerables. Asimismo, es necesario citar el Real Decreto 902/2020, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (reforma que modifica el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores) y la Directiva (UE) 2023/970, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, que afecta, tanto a España como a Francia, ya que en ella se pretende reforzar la aplicación del principio de igualdad retributiva entre hombres y

7. Comisión de las Comunidades Europeas, 17.10.2007, 2.

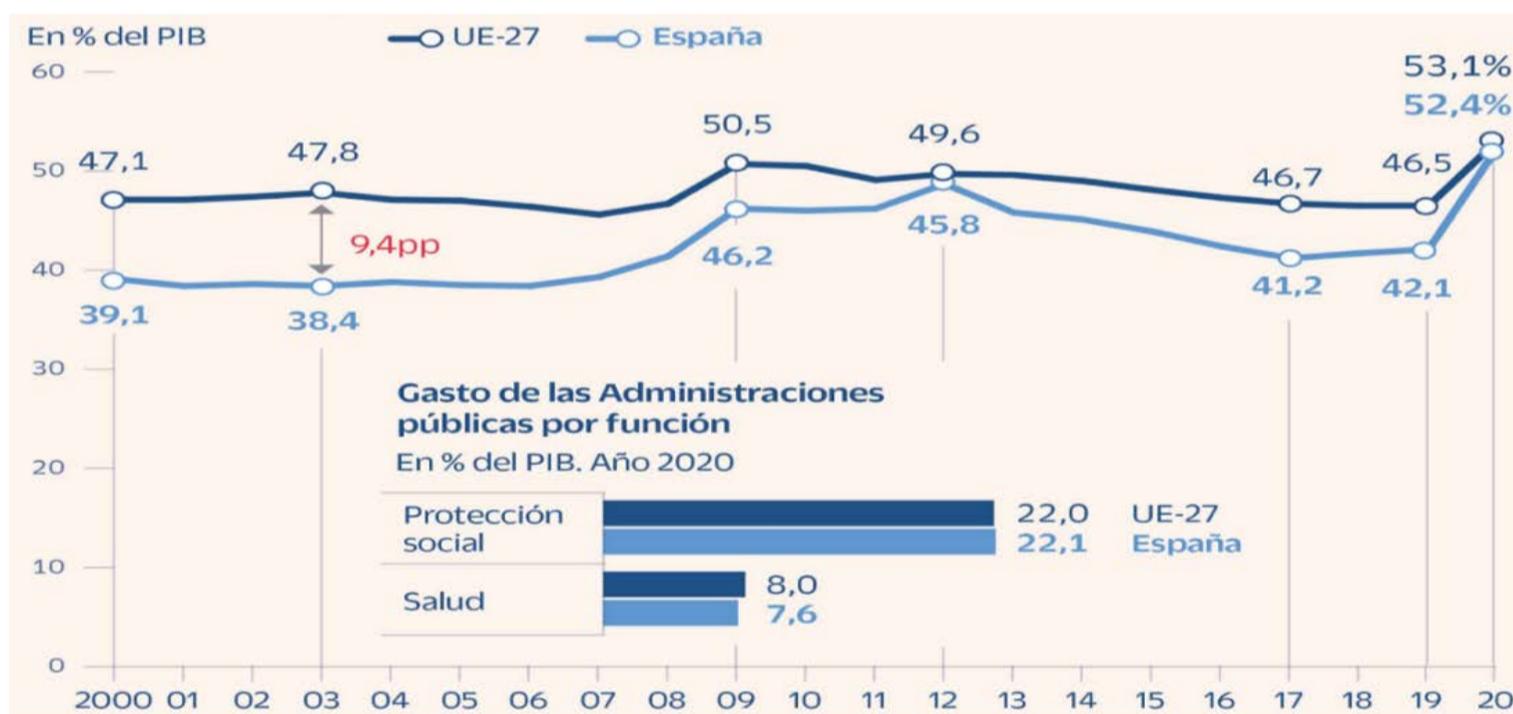
mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Cabe tener en cuenta que, desde la aprobación de esta Directiva hasta su transposición por los distintos Estados miembro (fecha límite: 7 de junio de 2026) se irán sucediendo otras modificaciones legislativas que tratarán de adaptarse a la nueva normativa.”

B. La garantía de la protección social de los colectivos vulnerables

La protección social es una de las principales características de los países desarrollados y garantiza un mejor funcionamiento social. Esto está garantizado, en particular, por lo que se conoce como el Estado del bienestar, que agrupa todas las intervenciones del Estado en el ámbito social, con el objetivo de proporcionar un nivel mínimo de bienestar a todo el país, gracias a un complejo sistema de protección social. Existen cuatro tipos de intervenciones realizadas por el Estado del bienestar: las intervenciones para estimular la creación de nuevos puestos de trabajo, las intervenciones reguladoras para garantizar la salud, el bienestar y la seguridad de los trabajadores, las transferencias sociales y las intervenciones específicas del Estado del bienestar para las familias o los cuidados. Tanto en Francia como en España, el Estado de bienestar es un modelo de funcionamiento arraigado.

Gráfico 1.

Gasto total de los gobiernos (EU-27 y España 2000-2020), datos en porcentaje sobre el PIB.



Fuente: El País- Funcas, 2020

En España, desde 1997, cuando entró en vigor la Ley 24/1997, de 15 de julio, para consolidar el sistema de protección social de las personas en el mundo del trabajo, hasta 2007, hay un modelo distinto de Estado del bienestar debido a la reforma social permanente. De hecho, se caracteriza por un bajo nivel de protección social general, problemas estructurales que explican su escasa capacidad para reducir la

tasa de pobreza del país y la universalización de las prestaciones sociales. Ahora se caracteriza por una importante descentralización de las políticas sociales, un papel creciente del mundo terciario y del sector privado, pero también por un cambio significativo del papel de la familia⁸.

En Francia, el establecimiento de un Estado del bienestar se concretó con la creación de la Seguridad Social en 1945 y actúa como un sistema de protección y redistribución de la riqueza para permitir la protección y el funcionamiento sostenible de la sociedad francesa.

Sin embargo, como se puede observar en el anterior gráfico, España tendía a estar ligeramente atrasada en cuanto a la media de gasto total en general y, concretamente, en materia de protección social respecto a la UE. No obstante, en los últimos años, nuestro país ha conseguido alcanzar al resto de Estados europeos. En España, el artículo 41 de la Constitución establece que “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”. De modo que los dos objetivos del sistema de Seguridad Social del país en primera instancia: las prestaciones contributivas, y en segunda instancia, las no contributivas. La Seguridad Social es la acción protectora del Estado hacia los ciudadanos en caso de necesidad. La Seguridad Social ofrece ayudas en caso de baja, de invalidez, de maternidad, de desempleo o de vejez.

El funcionamiento francés es muy similar, se trata de las diferentes medidas adoptadas por el Estado para asegurar y ayudar a los demás en caso de dificultades financieras de los gastos relacionados con la vulnerabilidad, que pueden estar relacionados con la enfermedad, la vejez, el desempleo, la exclusión y otros. A continuación, sus prestaciones sociales se pagan a los hogares o se reembolsan para cubrir los costes adelantados de una intervención médica. En Francia, la protección social está garantizada principalmente por el sistema de Seguridad Social, creado por las Ordenanzas de 4 y 19 de octubre de 1945, basado en el modelo bismarckiano. El gran número de seguros implantados permite la estabilización del mercado laboral y facilita el acceso al mismo, ya que permite la protección, como demuestran los seguros de enfermedad, de fallecimiento, de maternidad, de vejez y de accidentes laborales.

C. La vulnerabilidad, la precariedad y la violencia en las mujeres

Entre los diferentes grupos vulnerables encontramos a las mujeres. De hecho, el 15'2% de las mujeres en España son consideradas EVAE (Especialmente Vulnerables Ante el Empleo), lo que supone 4 puntos más que los hombres, a los que sólo afecta el 11'4%. En España, la mayor tasa de EVAE se da entre las mujeres, especialmente

8. Rodríguez Cabrero, G. (coord.): “Estado de Bienestar en España: transformaciones y tendencias de cambio en el marco de la Unión Europea”, en VIII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2014, 2014, disponible en: https://www.foessa.es/main-files/uploads/sites/16/2021/08/05_Capitulo_5.pdf.

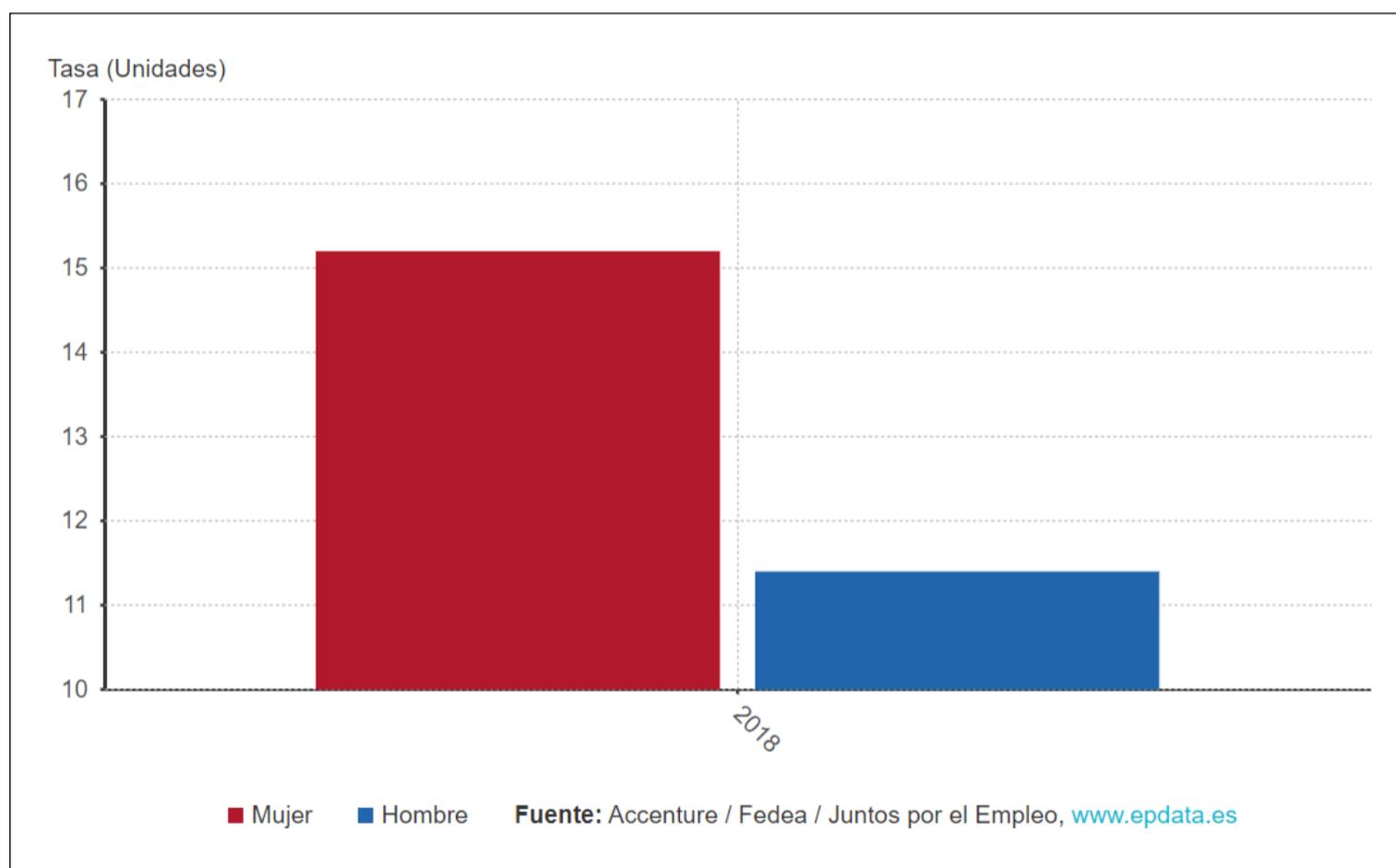
entre los 25 y 34 años, con estudios inferiores a la ESO, mientras que el grupo menos afectado es el de los hombres entre 16 y 24 años.

Así, podemos ver que las mujeres en España se enfrentan a una precariedad real y a la dificultad de acceder al empleo, lo que conduce a la exclusión social y laboral. Del mismo modo, Francia ha convertido en eje principal de sus políticas la reducción de la desigualdad de género y la violencia de género, como explicó Macron al inicio de su quinquenio: “para ello me he comprometido a hacer de la igualdad entre mujeres y hombres la causa del quinquenio, y el primer pilar de esta causa es la lucha para eliminar la violencia contra las mujeres”⁹.

En España, tal y como ocurre con el caso de Francia, los derechos de las mujeres están consagrados por ley. Así, la Ley 5/2008, de 24 de abril en España, tiene como propósito erradicar la violencia de género, siendo una ley pionera¹⁰, resultado de un amplio consenso. En Francia, después de las leyes de 1992 y 1994, que reconocieron la gravedad de la violencia doméstica en el Código Penal, es la ley n°2018-703 de 3 de agosto de 2018 la que refuerza la lucha contra la violencia sexual y de género¹¹.

Tabla 3.

Tasa de población Especialmente Vulnerable Ante el Empleo (EVAE), según el género



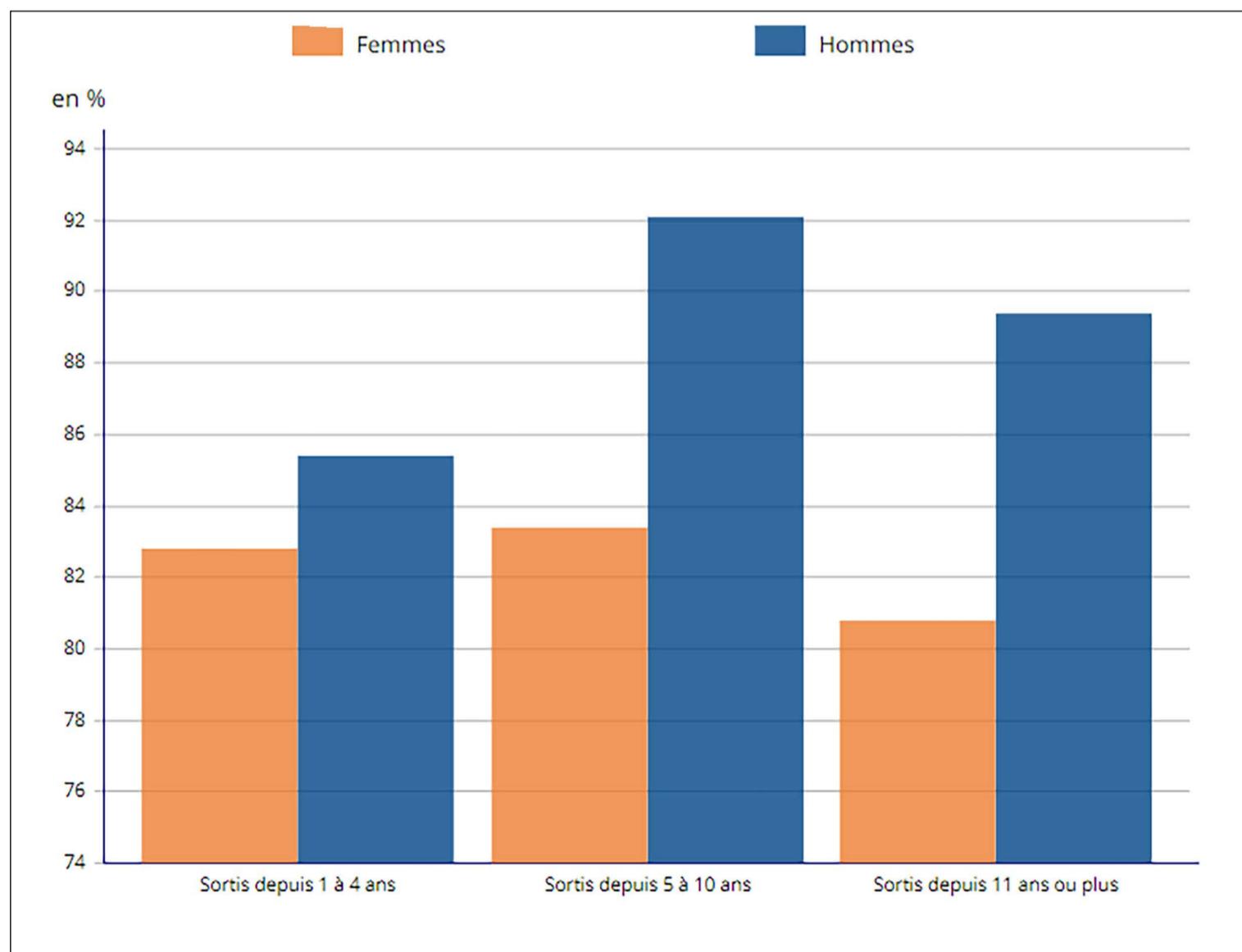
Fuente: Accenture / Fedea / Juntos por el Empleo, EpData, 2019, – España, 6

9. Ministerio Francés de Igualdad de Género, Diversidad e Igualdad de Oportunidades.
10. Ley 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.
11. *Dossier Législatif: LOI n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.*

En España, para abordar este problema, el SEPE ha desarrollado el Componente 23 denominado “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, que forma parte del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) de 16 de abril de 2021. Además, se ha puesto en marcha la Inversión 2 de “Empleo Mujer y Transversalidad de Género en las Políticas Públicas de Apoyo a la Activación para el Empleo” para promover la igualdad de género, que incluye por tanto el “programa de apoyo a las mujeres en los ámbitos rural y urbano”, para la cualificación e inserción de las mujeres en el mercado laboral. Gracias a la Orden TES 1121/2021, de 11 de octubre, se establecieron las bases para la regulación de las subvenciones públicas del programa y se superó el objetivo núm. 343 de la Decisión de Ejecución del Consejo de que un mínimo de 22.240 mujeres participara en el programa, beneficiándose 27.800 mujeres.

Tabla 4.

Tasa de actividad en 2018 por género y duración desde la salida de la formación inicial



Fuente: INSEE, “enquête d’emploi”, 2018

Asimismo, la Ley 3/2023 de 8 de febrero, de Empleo, en su artículo 51 considera la importancia de la perspectiva de género en las políticas de empleo, estableciendo que: “Deberán establecerse objetivos cuantitativos sectoriales de disminución de la brecha de empleo en aquellos sectores en los que exista una diferencia entre el porcentaje de empleo masculino y femenino”.

En Francia, la Ley de 24 de diciembre de 2021, tiene como objetivo acelerar la igualdad económica y profesional, y prevé cuotas en los principales órganos de dirección de las empresas para alcanzar una cifra del 30 % de mujeres en un plazo de 5 años. Francia, también ha puesto en marcha un Plan Interministerial a favor de la igualdad profesional, que sigue los pasos dados por la Ley Roudy de 1983 y la Ley Copé-Zimmermann de 2011, así como la Ley para la igualdad real de 2014¹². Del mismo modo, hay que abordar la cuestión de la igualdad salarial entre mujeres y hombres. Esto es posible gracias al Real Decreto 902/2020¹³ que garantiza la transparencia de los salarios, así como la ley del 23 de marzo de 2006 que también garantiza la brecha salarial a través de los artículos 21 a 26.

D. La vulnerabilidad y la precariedad en los jóvenes

El tema del futuro de los jóvenes está muy presente en las preocupaciones gubernamentales a nivel europeo, y más aún desde la crisis sanitaria. La observación dominante es la de un grupo frágil y desfavorecido, al borde de la exclusión social, que se enfrenta a dificultades económicas y sociales muy avanzadas. Desde el punto de vista administrativo, la juventud abarca un amplio periodo de la vida de un individuo, como muestra el siguiente cuadro.

Tabla 5.

Rango de edad y definición correspondiente de la juventud

Rango etéreo	Denominación/características
10 a 14 años 11 meses	Preadolescentes, período puberal (pubertad) y comienzo adolescencia
15 a 19 años 11 meses	Adolescencia e inicio de la juventud
20 a 24 años 11 meses	Jóvenes e inicio de la adultez emergente
25 a 29 años 11 meses	Adultez emergente

Fuente: Kraukopft, 2015

Los jóvenes se ven afectados en su integración en el mundo laboral, por lo que es necesaria la aplicación de políticas que les permitan el acceso. En España, el plan de Recuperación, transformación y resiliencia gestionado por el Servicio Público de Empleo Estatal también constituye un paso adelante para la integración laboral de este colectivo vulnerable. De hecho, gracias al componente 23, inversión 1, denominado “empleo joven”, se han puesto en marcha varios programas para proporcionar la atención necesaria. El primero es un programa de formación con empleo Empleo-Joven-Tándem (C23.I1) que permite una alternancia de formación para los jóvenes. El segundo programa ofrece la posibilidad de adquirir una primera experiencia en el

12. Ministerio francés de Igualdad de Género, Diversidad e Igualdad de Oportunidades. Disponible en: egalite-femmes-hommes.gouv.fr

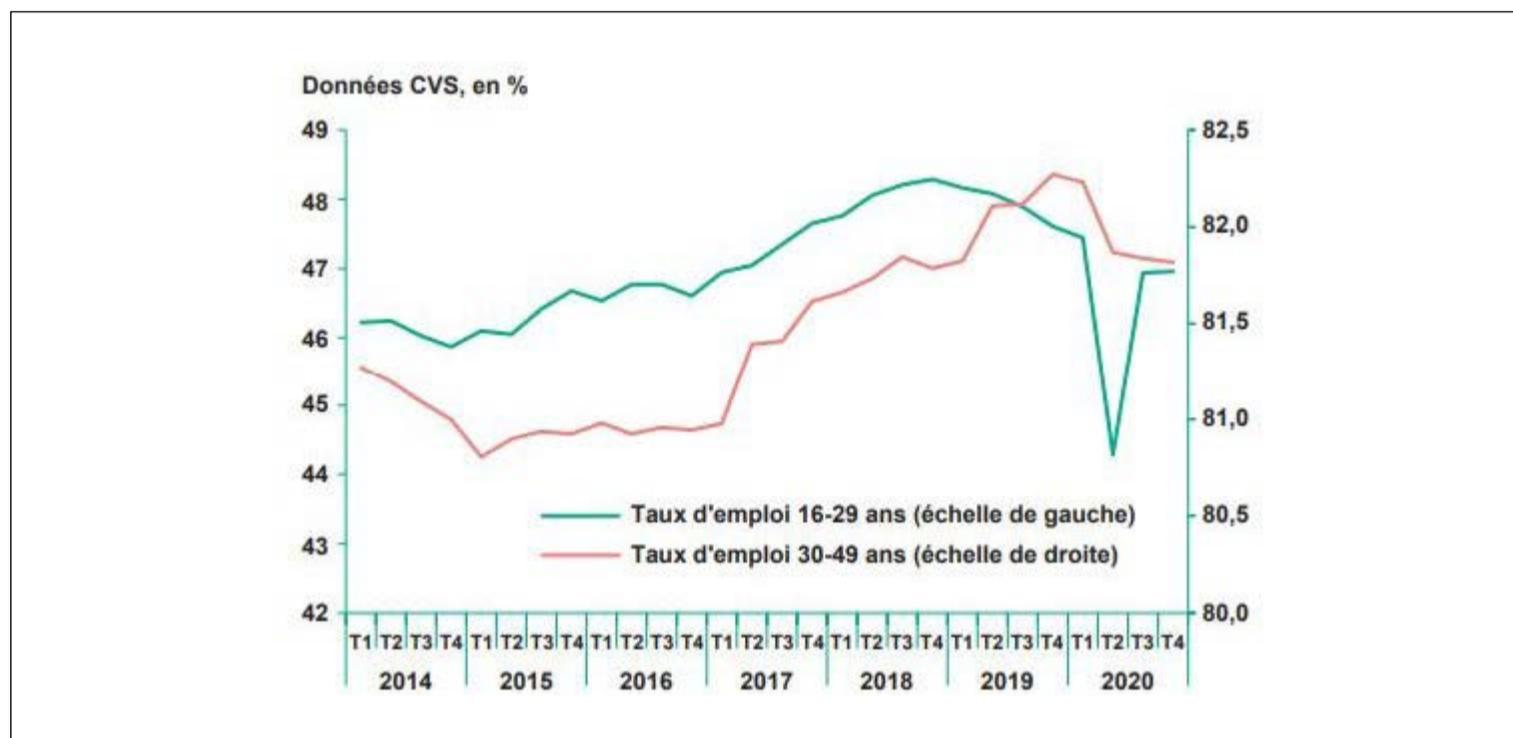
13. Plan de recuperación Transformación y resiliencia, C23, página 10, Componente 23.

mundo laboral de las administraciones públicas españolas, y el tercero es un programa de investidura laboral.

Asimismo, la Ley 3/2023 de 8 de febrero, de Empleo, en su artículo 53 indica: “Os-tenta la condición de persona joven, a los efectos de esta ley, la que no haya alcanza-do los treinta años o sea beneficiaria del Sistema Nacional de Garantía Juvenil”.

Gráfico 2.

Tasa de empleo por grupos de edad desde 2014 hasta la pandemia en 2020



Fuente: INSEE, 2021

En Francia, los jóvenes se benefician del programa *1 jeune 1 solution* que se puso en marcha en el verano de 2020, y en el que el Estado ha inyectado 9.000 millones de euros. Su objetivo es ayudar a la contratación, ofrecer formación, acompañar, ayudar económicamente a los jóvenes más desfavorecidos¹⁴. Esto ha sido posible gracias al PIC (2018/2022)¹⁵.

En Europa, la puesta en marcha de la Garantía Juvenil Plus, estará vigente hasta 2027 y ha sido creada gracias a la Unión Europea para permitir a los NEET (*Not in Education, Employment or Training*) la posibilidad de una formación completa, una ayuda económica, prácticas o un empleo. Este programa, está financiado por la UE y *NextGenerationEU*. También es necesario tener en cuenta que los jóvenes están afectados por problemas de la salud mental, que los hace vulnerables y puede provocar su exclusión social y laboral. De hecho, la vulnerabilidad de los jóvenes ha sido doble, tanto personal como profesional. Lo ilustra el anterior gráfico que muestra que el 44,3 % de los jóvenes franceses entre 16 y 29 años, estaba en paro en el segundo semestre de 2020.

14. Présidence française du Conseil de l'UE, « Conférence ministérielle sur la santé mentale des jeunes vulnérables », 2022.
 15. Légifrance, Service public diffusion du droit : « Titre Ier : Politique de l'emploi (Articles L5111- 1 à L5112-2) », Gouv. fr., 2022.

E. Las personas trabajadoras con diversidad funcional

Habitualmente, las personas con diversidad funcional o con problemas de salud mental puede sufrir discriminación, ya sea directa o indirecta. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) reconoce discriminaciones sistémicas en el mercado laboral como el elevado desempleo (21'4 % en 2022, frente al 11'8% de las personas sin discapacidad en España), los prejuicios en relación con su productividad o la inserción en el mercado laboral. Un estudio francés, ha demostrado incluso que “menos del 2 % de los que han mencionado una discapacidad en su CV han sido invitados para una entrevista”¹⁶.

En España, existe el Real Decreto Legislativo 1/2013 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Personas con Discapacidad. Este decreto ha sido recientemente actualizado por la Ley 6/2022 de 31 de marzo, que permite a través de los artículos 1 y 2 garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato (art. 1 de la ley) y definir esta última (art. 2) como la ausencia total de discriminación, ya sea directa o no, o en forma de acoso. La ley también aclara quienes son sus titulares. Según la ley, se trata de personas con discapacidad, es decir, “aquellas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales”¹⁷. Además, hay que reconocer un porcentaje de discapacidad superior al 33 % y conceder una pensión de invalidez permanente. El artículo 23 de la ley regula las condiciones básicas de acceso.

Así, las comunidades autónomas y las entidades locales pueden aumentar las medidas básicas del Estado. El artículo 35 establece las garantías del derecho laboral, impone la igualdad de trato, considera como discriminación el acto de juzgar o apartar a una persona por su discapacidad.

Asimismo, la Ley 3/2023 de 8 de febrero, de Empleo, en su artículo 54 indica: “los servicios públicos de empleo diseñarán y pondrán en marcha acciones positivas dirigidas a las personas con discapacidad. Las medidas más adecuadas del catálogo de instrumentos de empleabilidad, a la vista del perfil de las personas demandantes de servicios de empleo, serán objeto de las adaptaciones necesarias para su plena efectividad”.

En Francia, es esencial el papel que juega la Asociación de Gestión del Fondo para la inserción profesional de personas discapacitadas (AGEFIPH), donde al igual que en España, las leyes y medidas de protección de los derechos de las personas discapacitadas, así como las ayudas, son puestas en marcha por el Estado, aunque las medidas adicionales pueden variar según las regiones. En todo caso, los trabajadores discapacitados deben ser reconocidos como tales por la MDPH (*Maison départementale des personnes handicapées*).

La ley de 11 de febrero de 2005, conocida como Ley 2005-102, permite por primera vez en Francia establecer una definición legal de discapacidad, en el artículo L.114.

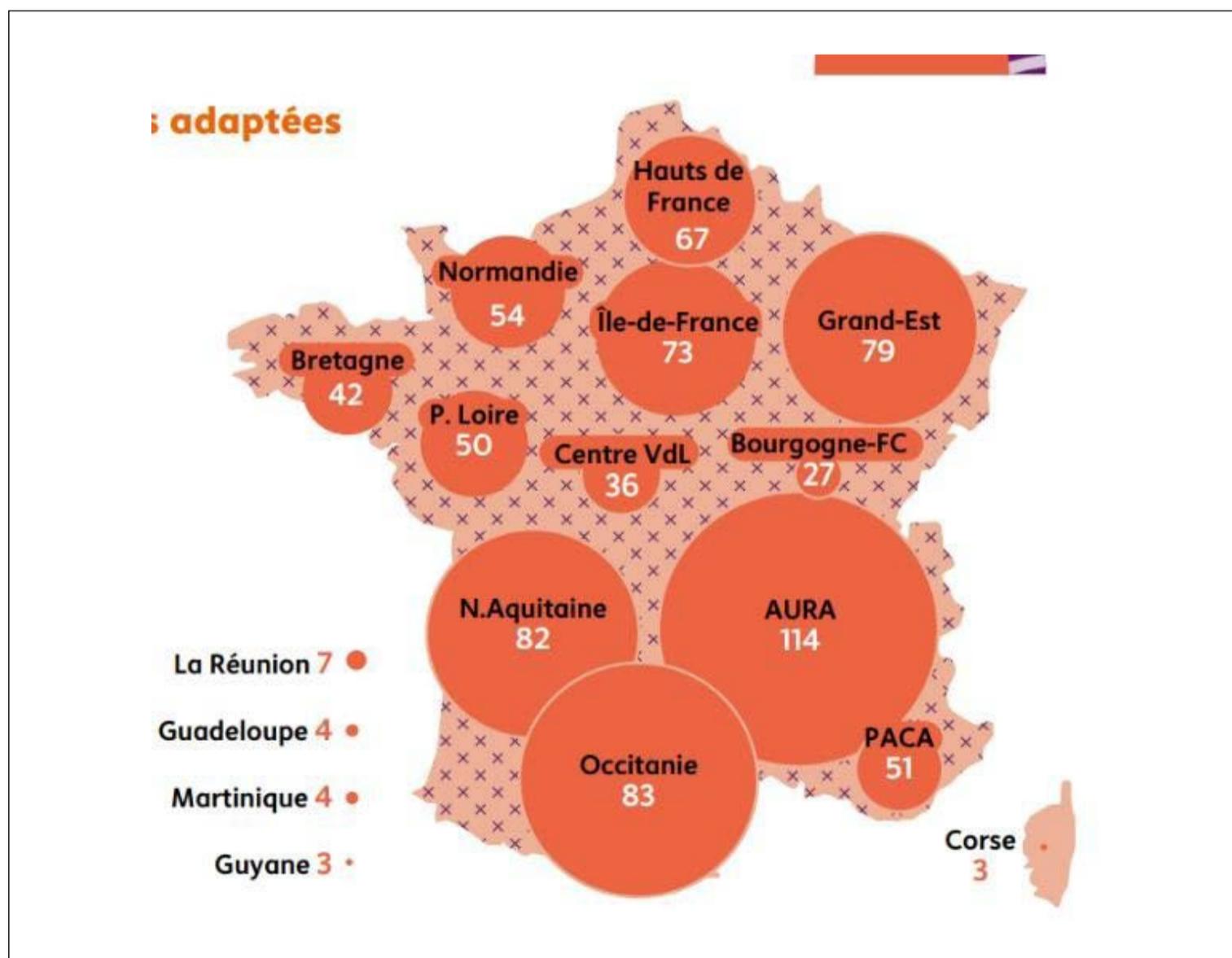
16. OIT, “Resumen declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el Trabajo”, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_decl_fs_110_es.pdf

17. Secretaría General de Asuntos Europeos, Real Decreto 1971/1999.

Por ello, propone diferentes áreas de trabajo, siendo la primera la definición de discapacidad. En segundo lugar, aborda el derecho a la compensación de las consecuencias de la discapacidad, a través de la asistencia humana, técnica o animal, o a través de un proyecto escolar. El tercer eje se centra en la reafirmación y garantía de la accesibilidad a los derechos fundamentales. El cuarto eje de la ley trata de la renovación de los procedimientos de acogida e información en las administraciones y el último pretende permitir una verdadera integración¹⁸. En 2020 se reformó la Obligación de Emplear a Trabajadores Discapacitados (OETH). De hecho, la Ley núm. 2018-771 "Por la libertad de elección del futuro profesional" ha introducido algunos cambios, especialmente en el porcentaje de trabajadores discapacitados. Su tasa de empleo se mantiene fija en el 6% en las empresas de más de 20 empleados, pero también en las empresas con franquicia, con más de 20 empleados en total. Además, las empresas de más de 200 empleados deben nombrar a un asesor en materia de discapacidad para garantizar la tasa de empleo de los trabajadores discapacitados.

Gráfico 3.

Empresas adaptadas a los trabajadores con discapacidad, según las regiones administrativas francesas



Fuente: DGEFP, Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelles, diciembre 2020

18. Ley nº 2005-102, para la igualdad de derechos y oportunidades, la participación y la ciudadanía de las personas con discapacidad, de 11 de febrero de 2005.

Por último, este grupo vulnerable puede beneficiarse de un aprendizaje a cualquier edad, para diversificar y consolidar las cualificaciones de estos demandantes de empleo. El límite de edad de 30 años para beneficiarse de ella estaba fijado por el artículo D. 6222.1 del Código del Trabajo, y fue suprimido en 2009, gracias al Decreto núm. 2009-596.

F. Los trabajadores inmigrantes

Hasta el año 2000 la inmigración en España era una cuestión anecdótica, de hecho, no llegaba al millón de personas y representaba poco más del 2 % del total de la población empadronada. Dos décadas después, en nuestro país hay más de 5'5 millones de personas extranjeras que representan casi el 12 % de la población total.

En Francia, por su parte, existe una mayor tradición como país receptor de inmigración, ya en 1970 el 7 % de la población era extranjera, con una presencia de 4 millones de personas. El origen podemos situarlo al final de la segunda guerra mundial y una segunda oleada se produjo a mediados de los 70 cuando el país trató de hacer frente a la crisis petrolífera de 1973 permitiendo la llegada de mano de obra, sobre todo proveniente de países musulmanes. Hoy en día, la población inmigrante representa el 14 % del total de la población con 9 millones de personas.

La Estrategia Española de Empleo 2012-2014 hace referencia a los inmigrantes para recordar que deben ser considerados como colectivo prioritario de las políticas activas de empleo, y que las medidas destinadas a la integración de trabajadores inmigrantes realizadas en sus países de origen se encuentran entre las actuaciones que el Servicio Público de Empleo Estatal gestionará con cargo a la reserva de crédito establecida en su presupuesto de gastos¹⁹.

Asimismo, la Ley 3/2023 de 8 de febrero, de Empleo, en su artículo 4, apartado k) indica: "Son objetivos de la política de empleo su articulación con el fenómeno migratorio, favoreciendo siempre la integración social de la población inmigrante, en particular de las personas jóvenes extuteladas en su transición hacia la autonomía".

En el caso francés, el aumento del racismo y de la discriminación en el trabajo hacia la población inmigrante ha provocado que su gobierno tome medidas para luchar contra la discriminación en el mundo laboral, lo cual ha conseguido que se establezca un verdadero diálogo nacional para conseguir la participación de los organismos sociales, haciendo hincapié en la formación de los sindicatos. En este contexto se enmarca el proyecto Integra Seredat (1997-2000), implementado por CGT (una de las principales organizaciones sindicales en Francia). Este Seminario Europeo sobre el racismo y la discriminación en el mundo laboral (SEREDAT), se llevó a cabo junto a sindicatos, investigadores, académicos así como asociaciones de varios países europeos, trabajando en cooperación con otro proyecto de Integra,

19. Fernández Collado, M. B.: "Las políticas activas de empleo durante la crisis actual y su aplicación a los inmigrantes como colectivo prioritario", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 377-378, 2014, pp. 59-95.

“OSIME”(Organizaciones Sindicales, Inmigrantes y Minorías Étnicas en Europa), el objetivo de este proyecto es hacer un análisis comparativo (en particular en Dinamarca, España y Francia) de las prácticas de los sindicatos cuando se encuentran ante situaciones de racismo y discriminación en personas de origen extranjero (Proyecto pioneros, 2004).

V. CONCLUSIONES

Como hemos señalado a lo largo de este artículo, las crisis económicas tienen un impacto considerable en la sociedad y en el mercado laboral, sacudiendo hábitos económicos, sociales y estructurales. En este sentido, tanto en la crisis de 2008 como en la reciente crisis sanitaria y económica de 2020, hemos asistido a un profundo cambio de un contexto de cierta estabilidad a un nuevo contexto especialmente perjudicial para los grupos sociales vulnerables. Debemos tener presente que ambas crisis tienen un origen distinto: la de 2008 fue una crisis sistémica, provocada por una crisis financiera, mientras que la de 2020 ha sido una crisis cíclica, provocada por una crisis sanitaria, cuyo impacto no ha sido tan grave en términos de tasa de desempleo, durante la segunda crisis ésta alcanzó su punto álgido en el tercer trimestre de 2020 (16'26 %), más de diez puntos por debajo del 26'94 %, alcanzado en el primer trimestre 2013 producto del alcance de la primera crisis. En todo caso y aunque no con la misma gravedad (en la primera crisis de 2008 no bajamos del 20 % de desempleo hasta finales de 2016, mientras que logramos superar la segunda crisis de 2020 a finales de 2021, a pesar de sufrir la mayor recesión de toda la Unión Europea), estas coyunturas desfavorables, han tendido a agravar la exclusión social, lo que ha provocado situaciones complejas y multifactoriales en las que la incapacidad para encontrar empleo o la pérdida de ese empleo ya de por sí precario, da lugar a situaciones de exclusión tanto profesional y económica, como social. Los mercados de trabajo, debilitados por estas crisis, tienden a destruir empleo en estas coyunturas, y son los colectivos vulnerables los primeros en verse afectados por ellas.

Para amortiguar los efectos negativos de este mercado laboral, las políticas activas tienen, entre otros cometidos, impulsar la creación de empleo y establecer un reparto del mismo desde una óptica inclusiva, sirviendo de complemento a las políticas pasivas de empleo (cuyo propósito es mantener la renta de las personas desempleadas hasta que éstas encuentren un empleo). En definitiva, en ambos países, las políticas activas de empleo son necesarias para tratar de contrarrestar la exclusión social y para ayudar a revitalizar el mercado laboral.

En este trabajo identificamos las limitaciones de las políticas de empleo (activas y pasivas) para lograr la inclusión de las personas vulnerables. En este sentido, hay que prestar atención al vínculo a veces inseparable entre la exclusión social y la precariedad laboral. Por ello, es necesario seguir aplicando programas y políticas activas de empleo que trabajen también desde la prevención, para proteger mejor a los colectivos vulnerables y evitar su precariedad, al convertirse en un catalizador de esa vulnerabilidad.

En el ámbito de la Unión Europea, el artículo 15 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE garantiza la libertad de trabajo y el derecho al trabajo para todos los ciudadanos de la Unión Europea²⁰. De este modo, las políticas activas de empleo son derechos tanto en España como en Francia y permiten actuar para prevenir posibles efectos e influencias negativas en el mercado laboral. Es una forma de proteger el mercado de las perturbaciones económicas, con el objetivo del pleno empleo. Por ello, es necesario seguir aplicando programas y políticas activas de prevención y cambio del sistema laboral para proteger mejor a los colectivos vulnerables. Por ello, en España y Francia hay que seguir con las políticas de empleo y apostar por la doble protección, social y laboral.

Es complejo valorar el impacto de las políticas activas de empleo en los colectivos vulnerables seleccionados: mujeres, los jóvenes, las personas con diversidad funcional y las personas inmigrantes. Si utilizamos como instrumento de medida la tasa de paro, en el caso del desempleo femenino, en el periodo 2009-2022, el desempleo entre las mujeres menores de 25 años en España ha bajado en 5 puntos, pasando del 36 % al 30'8 %; en Francia por su parte, lo ha hecho en 10 puntos, pasando del 26'5 % al 16 %.

En el caso de la población inmigrante residente en España, si nos fijamos en el impacto de la segunda crisis en este colectivo, su tasa de paro ha descendido en más de 10 puntos, pasando de 28'87 % en el primer trimestre de 2021 al 18'78 % en el cuarto trimestre de 2023, indicador que alude, en las grandes cifras, a una mejora sustancial del comportamiento del mercado de trabajo. No se han encontrado datos para la realidad francesa.

El dato global de tasa de desempleo nos indica que en el periodo 2007-2022 (cohorte temporal que abarca las dos últimas crisis), Francia ha rondado el 8 % en 2007 y en la actualidad se sitúa en el 7'3 %²¹, no superando en ningún momento en esos 15 años el 10,5 %. Por el contrario, en el mismo periodo, España ha pasado del 13,8 % al 12,9 % (situándose en el 11'8 % en la actualidad) y habiendo llegado casi el 27 % en 2013, lo que da una idea de la volatilidad de un mercado de trabajo que es capaz de expulsar a una gran cantidad de personas trabajadoras en periodos de crisis, con los procesos de exclusión que ello conlleva. Por el contrario, en este mismo periodo (2007-2022), como señalamos en la introducción la distancia entre el gasto de España y Francia se ha recortado notablemente, siendo en el caso español del 28'1 % del PIB frente al 31'6 % francés.

Para finalizar, queremos dejar constancia de los esfuerzos de ambos países por establecer políticas activas de empleo y de protección social que amortigüen las consecuencias de las crisis económicas en la población vulnerable. Si bien sería necesario hacer un mayor análisis en profundidad, sí podemos concluir que existe en ambos países una preocupación por corregir los desequilibrios del mercado laboral, lo que esperamos se traduzca en el caso de nuestro país tanto en garantías de financiación del sistema de protección social como en políticas activas de empleo que tengan un mayor impacto en los colectivos en riesgo de exclusión social, disminuyendo las distancias con nuestro país vecino.

20. EU Charter of Fundamental Rights- art15- Title II: Liberties.

21. Disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/720387/evolucion-de-la-tasa-de-paro-en-francia/>

Bibliografía

- Aguilar González, M. C.: "Desempleo de larga duración, colectivos vulnerables y la reformulación de las políticas activas de empleo", *Lan Hanemarrak. Revista de Relaciones Laborales*, núm. 46, 2021, pp. 114-143.
- Fernández Collado, M. B.: "Las políticas activas de empleo durante la crisis actual y su aplicación a los inmigrantes como colectivo prioritario", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 377-378, 2014, pp. 59-95.
- Gobierno de España: *Plan nacional de recuperación, transformación y resiliencia*. disponible en: <https://planderecuperacion.gob.es/>.
- Jimeno Jiménez, F.: "El Ingreso Mínimo Vital en hogares unipersonales", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 5, núm. 2, 2020, pp. 77-93.
- Lousada Arochena, F.: "Incidencia sobre los derechos de las trabajadoras de las recientes leyes españolas de igualdad (2022-2023)", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 8, núm. 1, 2023, pp. 13-35.
- Ministère de la Solidarité et Santé: *Grand âge: le Gouvernement engagé en faveur du bien vieillir à domicile et en établissement*, Ministère de la Santé et de la Prévention, disponible en: <https://solidarites.gouv.fr/grand-age-le-gouvernement-engage-en-faveur-du-bien-vieillir-domicile-et-en-etablissement>.
- Ministerio de Derechos sociales y agenda 2030: *Estrategia nacional de prevención y lucha contra la pobreza y la exclusión social (2019-2023)*, disponible en: https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/inclusion/contenido-actual-web/estrategia_es.pdf.
- Ministerio de Trabajo y Economía Social: *Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024*, disponible en: https://www.mites.gob.es/es/Guia/texto/guia_1/contenidos/guia_1_2_1.htm.
- Ministère du travail de la Santé et Des Solidarites: *En quoi consiste l'insertion par l'activité économique (IAE)*. Disponible en: <https://travail-emploi.gouv.fr/emploi-et-insertion/insertion-activite-economique/>.
- Ordóñez Casado, M. I.: "Protección social para las trabajadoras domésticas desde la perspectiva española", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, núm. Extra 1, 2023, pp. 159-178.
- Pico González, B.: "Empleadas de hogar: especial referencia a un colectivo olvidado", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 8, núm. 1, 2023, pp. 289-300.
- Présidence française du Conseil de l'UE: "Conférence ministérielle sur la santé mentale des jeunes vulnérables", 2022, disponible en: <https://sante.gouv.fr/ministere/europe-et-international/l-union-europeenne-de-la-sante/la-presidence-francaise-du-conseil-de-l-union-europeenne/article/conference-ministerielle-sur-la-sante-mentale-des-jeunes-vulnerables>.
- Proyecto pioneros.: "Estudio sobre políticas activas de empleo en la Unión Europea y principales países desarrollados", Consejería de innovación, ciencia y empresa. Junta de Andalucía, 2004, disponible en: <http://visitlapalma.segittur.com/Lists/Informes/Attachments/1085/130612%20Estudio%20sobre%20Pol%C3%ADticas%20Activas%20de%20Empleo%20en%20la%20Uni%C3%B3n%20Europea%20y%20principales%20pa%C3%ADses%20desarrollados.pdf>.
- Rodríguez Copé, M. L.: "Medidas de políticas de empleo dirigidas a colectivos específicos en la etapa de recuperación económica? La inclusión activa como paradigma", *Temas Laborales*, núm. 137, 2017, pp. 127-162.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La lucha contra la exclusión socio-laboral en España: 1990-2020", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 5, núm. 1, 2020, pp. 5-14.
- Servicio Público de Empleo: *REINCORPORA-T: Plan Trienal para Prevenir y Reducir el Paro de Larga Duración*, disponible en: https://www.sepe.es/SiteSepe/contenidos/personas/encontrar_empleo/reincorporate/PLAN-REINCORPORA-T-PRESENTACION.pdf.
- Subirats, J.: "Análisis de los factores de exclusión social", *Documentos de trabajo (Fundación BBVA)*, núm. 4, 2005.
- Vie-Publique: *Les politiques d'insertion professionnelle des jeunes: chronologie.*, disponible en: <https://www.vie-publique.fr/eclairage/281366-chronologie-des-politiques-dinsertion-professionnelle-des-jeunes>.



Desconectados: causas y remedios de la brecha digital*

DISCONNECTED: CAUSES AND REMEDIES OF THE DIGITAL DIVIDE

Luis Eduardo Díaz

Profesor de Derecho de la Seguridad Social

Universidad del Zulia (Venezuela)

lediaz.led@gmail.com  0000-0003-0541-4715

Recibido: 02.05.2024. Aceptado: 13.06.2024

RESUMEN

Se explican las causas de la brecha digital y se examinan algunas prácticas nacionales para su superación. El método empleado es el explicativo, analizando documentos de diversas fuentes sobre esta revolución digital que, en la perspectiva de los derechos humanos, debe ser para todos. Se muestra cómo la secuencia digital consume el tiempo de los cibernautas y cómo una parte de la riqueza mundial circula por la red con dominios e influencias significativas e inestables condiciones de empleo. La protección social está seccionada en diferentes grupos que amplían las diferencias entre interconectados y desconectados, donde las redes pueden trucar la realidad y la colectividad puede ser reemplazada por la conectividad. En esta fase tan apresurada, dividida y horizontal, las agrupaciones tienen poca cohesión. Entre otras medidas, la superación de la brecha pasa por la financiación del equipamiento y la tecnología, la inserción social y medidas de protección a la salud.

ABSTRACT

The causes of the digital divide are explained and some national practices for overcoming it are examined. The method used is explanatory, analyzing documents from various sources about this digital revolution that, from the perspective of human rights, should be for everyone. It shows how the digital sequence consumes the time of netizens and how a part of the world's wealth circulates through the network with significant domains and influences and unstable employment conditions. Social protection is divided into different groups that expand the differences between interconnected and disconnected, where networks can distort reality and collectivity can be replaced by connectivity. In this hasty, divided and horizontal phase, the groups have little cohesion. Among other measures, overcoming the gap involves financing equipment and technology, social integration and health protection measures.

PALABRAS CLAVE

Brecha digital
Democracia
Internet
Desigualdad
Plataformas

KEYWORDS

Digital divide
Democracy
Internet
Inequality
Platforms

* El artículo no ha sido desarrollado al amparo de las actividades de un grupo de investigación.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. IMPACTO DE LA ERA DIGITAL
 - A. LA BRECHA DIGITAL
 1. *La dimensión política y cultural*
 2. *La dimensión laboral y de género*
- III. LA SUPERACIÓN DE LA BRECHA DIGITAL
 - A. INVERSIÓN E INCLUSIÓN
 - B. SALUD Y MEDIO AMBIENTE
 - C. PARTICIPACIÓN Y DESTREZAS
 - D. MARCO LEGAL Y DESARROLLO
- IV. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La era digital aparenta a primera vista ser neutra con respecto a la sanidad de la democracia. A modo de ilustrar, no interfiere en la realización de alguna asamblea, en el derecho a establecer un sindicato, en la negociación y en la huelga. Su desmantelamiento puede ser explicado por otras vías y no precisamente por el lado tecnológico, el que se asoma solo como un dato extra. Los ataques a la libertad de expresión y reunión, que pasaron, según el Índice Global de los Derechos (CSI, 2022) a nivel mundial del 26 % en 2014 al 41 % en 2022, pueden ser dilucidados en razón de causas ajenas a la tecnología de los dígitos. Por consiguiente, leyes represivas, prácticas anti-sindicales, represión policial, regímenes autocráticos, hasta llegar incluso a la ruptura del estado de derecho, dan cuenta de una lista de causas que conforman una escala de transgresiones que se han venido intensificando y que comienzan por la violación de las libertades civiles, hasta llegar a la franja de los derechos sociales como el de la seguridad social.

Pero la desvinculación con la revolución digital no es absoluta y mucho menos neutra. Lejos de eso, el internet tiene un verdadero impacto político. Provoca cambios institucionales por el lado de la modernización, la simplificación de trámites y la participación ciudadana, genera, además, redes de grupos y partidos, democratizando la información, aunque todavía una tercera parte de la población mundial carece de conectividad, 2'7 billones de personas, según la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT).

Las nuevas tecnologías de información y comunicación (TICs) constituyen un recurso valioso para la democracia, aunque pueden jugar también en su contra. Permiten traer más miembros a la asamblea, facilitar la organización sindical, la negociación y apoyar el derecho a huelga, pero también ser útiles para la propaganda de la autocracia o para la censura de algún opositor. El desafío para gobiernos y científicos sociales consiste en ponerlas a disposición de todos para no profundizar aún más la brecha entre ricos y pobres, rompiendo con estrépito a las democracias. Según datos de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) de 2021, el 1 por ciento sobre

acaudalado posee el 21 por ciento del ingreso de toda la economía del planeta y apenas el 27 por ciento tiene acceso a las nueve ramas de seguridad social contempladas en el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), pero ¿qué decir de los nuevos riesgos digitales?

El referente digital nos lleva a otro sobre la justicia y la libertad de palabra y creencia contenida en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Pero la manipulación de la información, generalizada por los bots, reduce la autodeterminación y pone en riesgo la vitalidad de la democracia. En concreto, los costos de los ciberdelitos ascendieron a 113.000 millones de dólares en 2013, según datos de Symantec citados por un estudio de la CEPAL de 2016 para 24 países del mundo. El número de personas afectadas ascendió a 378 millones. El 41 % fueron víctimas de ataques con programa malicioso (*malware*), virus, estafas y robos. Se reporta un crecimiento exponencial de violaciones de datos, hurtos bancarios y ataques al sistema informático para luego exigir el pago de un rescate (*ransomware*), se arrebató la identidad (*spear-phishing*) o se reciben correos no deseados (*spam*), siendo las empresas con más de 2.500 empleados las más susceptibles de ser perjudicadas¹.

La democracia digital puede ser entendida como la organización del poder institucional en la web². El gobierno digital y el derecho de la ciudadanía bajo este enfoque pueden complementarse o marchar por separados³. Uno puede enriquecer al otro o bien tomar derroteros distintos; por ejemplo, puede haber un refinamiento electrónico a nivel gubernamental, pero será baja o inexistente la participación. Optaré en este ensayo por una definición más amplia: la democracia digital sería la forma de sociedad que reconoce y respeta la libertad, la igualdad y la participación en el acceso al internet. Se parte por considerar la suficiencia de ingresos, la equidad de género y el software y hardware necesarios junto con la mayor conectividad posible como parte de una política pública más integral. A través del análisis de documentos, en la primera parte se explican las causas de la brecha digital y se enfoca la segunda en obtener información de experiencias acerca de su superación, presentando algunas conclusiones.

II. IMPACTO DE LA ERA DIGITAL

La era digital reúne un sin número de dispositivos que crean, transportan y registran datos mediante la combinación de bits. Los bits son unidades de medidas de información que superan en cantidad lo que ningún cerebro humano es capaz de almacenar.

1. La necesidad de normas morales y de ciberseguridad merece ser abordada en otros estudios por su extensión y especialidad.

2. Ford, E.: *El reto de la democracia digital. La democracia en el momento actual*. Idea Internacional, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, Instituto de Estudios Democráticos, Konrad Adenauer-Stiftung, 2020.

3. Guitián, E. G.: "Democracia Digital. Discursos sobre participación ciudadana y TIC", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 173, 2016, pp.169-193.

Los ordenadores conectados y el conocimiento que poseen, informatizan a la sociedad, los proyectos personales y los negocios.

La informatización alcanza a los hogares y a las ciudades que operan en red. Con base en la CEPAL (2016) y Statista (2023) por segundo, se descargaban en 2014 más de 1700 aplicaciones. El número aumentó a más de 7000 en 2022. Un usuario promedio cuenta con alrededor de 60 en su teléfono inteligente. En un solo segundo, se realizan más de 74.000 búsquedas en Google, más de 1700 llamadas por Skype y más de 2 millones de correos electrónicos son enviados. En esa misma secuencia de tiempo, las publicaciones en Facebook no bajan de 50000, se suben más de 1900 fotos, en YouTube se descargan más de 98000 vídeos y a través de WhatsApp se envían más de 300000 mensajes y más de 8500 por X. Solo en 2022, la cifra de descargas se incrementó en 25.000 millones con respecto a 2021.

El tiempo digital significa que la vida se realiza y transmite a través de dispositivos. Todo ello se debe a la expansión del internet seguido de las plataformas y aplicaciones, las redes sociales, los robots, la computación en la nube y la analítica de los grandes datos. Emerge una nueva industria: Intel, Microsoft y Cisco son sus símbolos históricos más representativos. La economía es digital y el planeta se convierte en un mega mercado⁴. Como afirma el estudio de la CEPAL de 2016, se digitalizan las cadenas de valor, se pasa de un internet centrado en el consumo a uno ligado también a la producción.

Entre los beneficios de esta época se cuenta con la posibilidad de acceder a un capital con riesgo de inversión más pequeño, sin intermediarios ni costes adicionales⁵. Sin embargo, las nuevas empresas no producen riqueza en condiciones laborales estables. La planificación de largo plazo no existe y, consecuencia de ello, la gerencia no es permanente y su cuerpo de apoyo tampoco; son los emprendimientos y las relaciones horizontales las que se atizan.

El nuevo paradigma productivo, el que se caracteriza por digitalizar los procesos, desarrollar la Inteligencia Artificial (IA) y la minería de datos, perfila una organización muy avanzada, con predominio de la informática, la genética y la robótica, creando segmentos innovadores y exclusivos. La marginalidad intrínseca que produce genera toda clase de negocios turbios que se unen a la opacidad institucional reinante, terminando los gobiernos por perder la capacidad de controlarlos⁶.

El aumento de la conexión por internet crea una economía de servicios digitales, un mercado que puede estar sujeto a monopolios, afectando a usuarios y consumidores. La investigación tecnológica de las empresas privadas apunta a que estas consigan formar nuevos conocimientos, de modo que les proporcione un rendimiento exclusivo. En este sentido, un Comité de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos ha dictaminado que la economía digital pone en riesgo la libertad de competencia, pese a

4. Tamasini, L.: "El impacto del proceso de globalización sobre la sociedad del bienestar", en *Sistemas de protección social*, Centro de Informaciones y Estudios del Uruguay, 1998.

5. Khyнку, D. K.: *Energía Renovables y Finanzas Verdes*, Trabajo fin de grado tutelado por J. Rodríguez Fernández, Valladolid: Universidad de Valladolid, 2021.

6. Katz, J: "¿Quo vadis, América Latina? Las dos caras del nuevo capitalismo latinoamericano", *Revista CEPAL*, núm. 140, 2023, pp. 2-17.

estar regulada por normas centenarias como las leyes Sherman y Clayton, las que tienen como objetivo prevenir la formación de dominios y promover una competencia justa.

A. La brecha digital

La noción espaciada de democracia permite manejar la de brecha digital, entendida como las diferencias de acceso formal al internet, empezando por el equipamiento, la autonomía de uso, las habilidades y el apoyo social que eventualmente se recibe, hasta llegar a considerar incluso la velocidad del acceso a la red⁷. Después, esa tecnología debe generar algún provecho, ventaja o bienestar a quien se sirve de ella.

Una de las empresas más importantes de Europa, Telefónica, dice en uno de sus estudios públicos que, en la mayoría de nuestros mercados, se puede comprar un día de internet con menos de lo que cuesta un café o un viaje en el metro. Sin embargo, conforme a la UIT (2022), el uso del internet en el mundo está directamente relacionado con el poder adquisitivo. El trabajo a distancia es irrealizable sin una computadora en casa o conexión a internet. El despliegue de las redes de telecomunicaciones se basa en decisiones de negocio priorizando la franja urbana con mayor densidad de población e ingresos⁸. Algunos proyectos pueden ponerse en ejecución y facilitar la entrada a la tecnología dependiendo de las regulaciones y elecciones políticas a través de empresas públicas o privadas que se desempeñan en estos campos con programas de alfabetización digital, abaratamiento del coste de la banda ancha o acceso gratuito a la web. En el hogar, la primera condición es contar con el enlace adecuado para soportar la cantidad de *bytes* requeridos por el teletrabajo. Lo segundo es dominar el equipo o celular, de utilizarlo como herramienta de trabajo; sin embargo, un 32 % de la población de América Latina y el Caribe continúa sin acceso al internet. Son 244 millones de personas, con diferencias significativas de penetración tecnológica entre hogares de ingresos altos y de baja renta. En Perú, un operador de infraestructura móvil ha logrado empalmar a 2 millones de personas y en Argentina a través de satélites de comunicaciones geoestacionarios a más de 10 mil escuelas rurales en proyectos del Banco de Desarrollo de América Latina y el Caribe de 2021. Aparte, existen otras consideraciones, no menos importantes, sobre salud y condiciones de empleo. Restricciones en razón de la desigualdad de ingresos, género, edad y nivel educativo, quedaron evidenciadas durante la pandemia del COVID-19 en Estados Unidos y otros países⁹.

Las zonas geográficas con menores rentas per cápita, con mayor depresión social y superior índice de marginalidad, pobreza y exclusión, son las que tienen más dificult-

7. Loyola, E. L.: *Acceso a la justicia y brecha digital en los adultos mayores*, Informe sintético sobre la cuestión en Chile, 2019, disponible en <https://www.unilim.fr/trahs>: TraHs No. 5.

8. Rodríguez, D. R.: "Teletrabajo, acceso a Internet y apoyo a la digitalización en el contexto del Covid-19", *APUNTES*, UCM-FEDEA, 2020.

9. Brussevich, M.; Dabla-Norris, E. y Khalid, S.: "El trabajo a distancia no es una opción para los pobres, los jóvenes y las mujeres", *IMF BLOG*, 08 de julio de 2020. <https://www.imf.org/es/Blogs/Articles/2020/07/07/blog-teleworking-is-not-working-for-the-poor-the-young-and-women>.

tades de acceso al internet, porque pese a su notorio incremento, su universalización es una deuda pendiente todavía. Por ejemplo, en las áreas rurales, no existe la expansión del comercio ni la mejora de la salud, las mujeres tienen acceso limitado a la web, los jóvenes pierden oportunidad de mejorar sus capacidades y los viejos quedan sin asistencia tele-sanitaria.

En el nuevo orden mundial hegemónico neoliberal, las masas no se incorporan como antes al sistema económico. El excedente poblacional, contratado a bajo costo y cubierto por la red de beneficios sociales, ya no funciona. Ello se debió al estallido de una crisis estructural en los 70, ocasionada por el exceso de oferta, en razón de la tecnología y la masificación de productos chinos. Los Estados de Bienestar tuvieron que hacer frente al desempleo que ello ocasionaría, incrementando el gasto público. El desequilibrio en la balanza de pagos se corrige emitiendo dinero sin respaldo. Tasas de crecimiento pobres, inflación y deuda pública fueron las consecuencias de ese ciclo económico que los estímulos keynesianos a la demanda no pudieron resolver.

El ideario neoliberal que se forja como contrapartida encuentra en el mercado y no en la intervención del Estado al agente organizador de la economía y la sociedad, todo ello apalancado por el derrumbe del imperio soviético y la ampliación de las TICs, dando forma a la actual fase de la globalización, caracterizada por la economía de plataforma¹⁰. En ella, la persona que tiene un trabajo retribuido no posee seguridad jurídica y social, y existen dudas sobre su relación laboral, sea como subordinado o como autónomo, asunto el cual, aunque debiera estar determinado por la primacía de la realidad, aún no ha sido aprobado como una Directiva en la Unión Europea.

En la región, no obstante, durante la década de 2000, gracias a mayores recursos fiscales en razón de los altos precios de las materias primas, los sistemas de protección social aumentaron en cobertura bajo una modalidad asistencial, vía transferencias monetarias condicionadas, las que pasaron del 3,6% al 20,2% entre 2000-2016 y la cobertura por pensiones se elevó en el mismo lapso de 51'5 % al 77'10 %¹¹. Pero la cobertura social siguió segmentada y los programas no contributivos quedaron sin posibilidades de financiamiento por la falta de reformas tributarias.

La desconexión a fin de cuentas no ayuda a la democracia: La brecha digital en sus diferentes magnitudes de acceso, uso y calidad, y la exclusión por edad, género, la social y económica, por discapacidad e idioma, incumbe a todas sus instituciones. Democratizar las TICs significa contar y saber usar dispositivos en el hogar, en las escuelas y bibliotecas públicas. El acceso al internet, la capacitación digital, la participación del adulto mayor y de la mujer en carreras tecnológicas, y la digitalización de las pequeñas y medianas empresas son algunos de los indicadores claves de la calidad de una democracia.

Valores esenciales como la libertad y la igualdad de todos los ciudadanos no son respetados por la marginación sistémica de las personas a las que se les priva

10. Dupas, G.: "Pobreza, desigualdad y trabajo", *Nueva Sociedad*, núm. 215, 2008.

11. Vid. Poy, S. y Robles, R.: "Informalidad, protección social y bienestar en la crisis del COVID-19 en cuatro países latinoamericanos", *CEPAL*, 2023, pp. 23-44.

de este beneficio social al ser discriminadas, poniendo en riesgo su participación en la toma de decisiones, es decir, de cuán capaces son de expresarse a través de las plataformas y redes, con campañas, convocatorias, divulgación de contenidos e informaciones, sin necesidad de recurrir a los medios tradicionales de la radio, televisión y prensa escrita¹².

Se trata la brecha digital en definitiva de una cualidad variable de la sociedad de la información, vista como el manejo desigual entre conectados y desconectados. Es una forma de desigualdad que convive con las ya tradicionales derivadas de la inequitativa distribución de la riqueza. Los gobiernos han querido cerrar esta última con una fuerte inversión en infraestructura, pero sin manejar como se verá seguidamente todas sus dimensiones¹³.

1. La dimensión política y cultural

La repercusión de la tecnología digital en la política hay que ubicarla en diferentes ámbitos y contextos nacionales, así que destacar el nivel de deliberación ciudadana en la red y su impacto en la esfera pública, la participación en la vida política, el conocimiento ciudadano sobre la web, la organización y movilización popular depende de cada situación particular, en donde las redes puedan ser un contrapoder o donde puedan favorecer el statu quo, ser portavoces de una contracultura o constituirse en aliadas del consumismo y el discurso hegemónico, y siempre se encontrarán matices y diferentes grados de participación, debido al tamaño de la audiencia y su marcada segmentación. En China, por ejemplo, sistemas de vigilancia hacen seguimiento a las condiciones mentales de los trabajadores. El control de las emociones por parte del empleador concede ventajas y oportunidades para condicionar su libertad personal, reprimir sus deseos y disciplinar su carácter, complementado esto con un sistema digital basado en puntos que evalúa a los individuos y se extiende a las organizaciones, penalizando los comportamientos no ajustados al canon. El proyecto chino de supervigilancia se aprueba en el 2014 y el secretismo impide conocer todos sus alcances. Pero lo cierto es que la planificación central se fortalece en este sistema de crédito social que, según el estándar totalitario, diferencia entre el buen Estado que se esparce a las grandes corporaciones, en contra de los malos que como tales sean considerados. Este régimen de reputación incluye videovigilancia y reconocimiento facial. Los bien posicionados obtienen, según el Consejo de Estado Chino, preferencias estatales, crediticias, sanitarias, de empleo y hasta desgravámenes fiscales. Las autoridades defienden el sistema nacional de crédito social como promotor de responsabilidades personales ajustadas a una buena educación, sancionando las

12. Berg, S. y Hofmann, J.: "Democracia Digital", *Revista Latinoamericana de Economía y Sociedad Digital*, 2022, <https://doi.org/10.53857/eeti9698>.

13. Vid. Amado, S. y Gala, R.: "Brecha digital, inclusión y apropiación de tecnologías. Un breve recorrido por sus diferentes conceptualizaciones", en Martínez, S. L.: *Políticas Públicas e Inclusión Digital. Un recorrido por los núcleos de acceso al conocimiento*, Instituto de Investigaciones Gino Germani, 2019.

conductas negativas que afecten el bien común. Desde su óptica, se premian los comportamientos ejemplares y honestos. El Estado cubre, aparte, todos los aspectos empresariales, regula el mercado y se apoya en los macrodatos para perfilar sus acciones¹⁴. Son estas las reglas del juego, no las que impone la paz burguesa, derivación histórica del código civil francés; sino las del partido comunista chino, normas que benefician a aquellos que no tengan la intención de atacar al sistema, porque de lo contrario, el régimen de crédito social anula licencias y permisos, prohíbe actividades, imposibilita contratar con el gobierno, dificulta el crédito, audita fiscalmente siempre y obstaculiza tanto como pueda las prestaciones sociales. Katz (2023) expresa que no es menos preocupante la intención de China de controlar materias primas para el futuro de la digitalización de su matriz productiva, por ejemplo, el litio, reservas de agua y fuentes energéticas que sustenten sus necesidades. Ello plantea abordar la relación con China como punto especial de la agenda pública, unida al interés nacional de cada país en desarrollo.

Pero tampoco las democracias están exentas de experimentos de control ciudadano a través de la publicidad, la propaganda y la indagación algorítmica, guiando a grupos de votantes por región y materia. La política aquí no esclarece, solo amaña, como idea y actitud de avance, da paso a populistas y al ascenso de celebridades y demagogos. Las élites quedan en entredicho, porque la red sustituye su orientación, sobre todo de largo plazo¹⁵.

El marketing y la publicidad crean objetos y servicios estimulantes del deseo, mediante la utilización de valores simbólicos, estéticos y sociales, dentro del modelo schumpeteriano de “destrucción creativa”, propio del capitalismo, el que torna obsoleto el producto tan rápido como le sea posible. Es el caso, por ejemplo, de las computadoras, las pantallas de plasma y los celulares, que evolucionan velozmente, pero al poco tiempo de salir al mercado, ya parecen antigüedades¹⁶.

La web crea un público considerable e inmediato. Los actores sociales del tripartismo difunden en ella sus discursos, aunque hay nuevos líderes, activistas, emprendedores o trabajadores autónomos, amas de casa, jubilados, desempleados, actores dramáticos, jóvenes y artistas que se comunican igual o más. Hay tanto de mercado como de espectáculo, también de comunicación breve y de micropolítica cotidiana, y no es menos el narcisismo. Son actos e intérpretes que se mueven en red y que poco o mucho tienen que ver con la inclusión política y la realidad¹⁷.

La agrupación es menos rígida, centralizada y jerárquica. Puede impactar en la conformación de la agenda pública en breve o alterar la que se pretende. Los canales de comunicación son fluidos y cambiantes, generando, por tan vasta variedad, algo de incertidumbre de hacia dónde se va o cuál es la viabilidad de las alternativas propuestas.

14. Aleteia: *En China, las empresas controlan las emociones de sus empleados*, 2018. Recuperado el 21 de septiembre de 2023. <https://es.aleteia.org/2018/05/30/en-china-las-empresas-controlan-las-emociones-de-sus-empleados/>.

15. Berg, S. y Hofmann, J.: “Democracia Digital”, ob. cit.

16. Dupas, G.: “Pobreza, desigualdad y trabajo”, ob. cit.

17. Cfr. Guitián, E. G.: “Democracia Digital. Discursos sobre participación ciudadana y TIC”, ob. cit.

El factor tiempo cambia también. La audiencia debe acelerar su marcha para estar a tono con la figura digital, porque el tiempo real está dentro de cada aparejo, funcionando a otra velocidad. Los sucesos son independientes a la capacidad otrora mastodóntica de los establecimientos oficiales. La combinación de bits habilita forzosamente otras consecuencias, temporales e imprevisibles. El agente público tenía a su merced su gran magnitud físico-institucional para aparecer, brillar y culminar sus esquemas de trabajo de forma analógica. Pero la duración digital es ahora la que maneja los engranajes en la red. Los parlamentos y partidos están a la misma altura de los demás sujetos y su majestad de otrora, si no es menos, tiene mayor competencia. La participación se redimensiona a ejercicios de corto plazo, los que son efímeros y volcados a temas concretos, es la sustitución de una acción colectiva por una conectiva más breve¹⁸.

La cultura igual se informatiza y se redefinen las existentes, como la televisión, el cine, la prensa y la radio, además de otras esferas como la fotografía, las librerías, la educación, entre otros ámbitos. Emerge un nuevo actor que se apropia de un producto, lo transforma y distribuye. Si bien es una práctica individual, se desarrolla este proceso en un espacio colaborativo, mediante una plataforma. La participación, inclinada a alguien o a algo, aparece y se hace tendencia por sus réplicas. Es el capitalismo de los afectos, donde los actores, llamados prosumidores, –según el término acuñado por Toffler en 1980–, son capaces de intensificar el uso de un producto a través del internet y lo hacen circular entre máquinas, redes sociales, organizaciones, usuarios y seguidores¹⁹. Ello en parte se explica por la reducción de los precios del *hardware*, el acceso a Internet y la globalización de los patrones de consumo.

En la región, son las redes las más populares, les siguen el comercio electrónico, los diarios y revistas. Un usuario promedio se conecta a Internet 21'7 horas/mes, una menos que el promedio mundial de 22'8. Uruguay sobresale con 32'6 horas. Los sitios de servicios de banca y gobierno electrónico están aún poco desarrollados. Se accede mayoritariamente a espacios extraregionales como Google, Facebook, Microsoft, Yahoo y Wikipedia; más que a puntos locales, a diferencia de Japón y Corea, Rusia y China. Facebook es la que cuenta con mayor audiencia (145 millones), seguida por ShareThis (93 millones). Después están LinkedIn, Taringa y X. Con respecto al tiempo dedicado, Facebook también ocupa el primer lugar (95 % del total del empleado en redes sociales), muy lejos continúa X con el 1'4 % y son también más altos los tiempos por visita, alrededor de 17 minutos para abril de 2014 y crece a 60 minutos en 2018²⁰. El sistema es útil para generar micropoderes individuales, segmentándose las audiencias, sirve para leer y escribir, pero sobre todo, para ver y verse en micropantallas²¹.

18. Cfr. Berg, S. y Hofmann, J.: "Democracia Digital", ob. cit. y Bennet, W. & Segerberg, A. *The Logic of Connective Action: Digital Media and the Personalization of Contentious Politics*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

19. Carvajal, A. R.: "El bloguero, gestor de productos culturales en la era digital. Aproximaciones a la definición de prosumidor", *Colección Académica de Ciencias Sociales*, 2018, pp. 27-37.

20. Osman, M.: Datos y Estadísticas Locas e Interesantes de Facebook 2024, 22 de enero de 2023, <https://kinsta.com/es/blog/estadisticas-facebook/>.

21. Marín, J. A.: "La era digital: nuevos medios, nuevos usuarios y nuevos profesionales", *Razón y Palabra*, núm. 71, 2010, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=199514914045>

2. La dimensión laboral y de género

Los datos advierten que los robots pueden competir frente a cualquier trabajador promedio. Adquieren, sin necesidad de reentrenamiento, nuevas capacidades y sus costos resultan inferiores a los sueldos de cualquier jornalero de países emergentes²².

La pandemia profundizó algunas tendencias: se incrementó el empleo en sectores relacionados con la salud, el comercio electrónico, la economía de plataformas y los servicios basados en conocimiento²³. La Comisión sobre el Futuro del Trabajo de la OIT estima que más de 300 millones de nuevos empleos deberán crearse hacia 2030, aun cuando en la actualidad hay 2000 mil millones de personas en trabajos informales.

La conectividad a toda hora cuestiona los derechos y obligaciones laborales, produciendo un disturbio en el orden establecido. El día y hora de labor pueden ser cualquier otro al fijado en la ley. Los tiempos prescritos por el derecho son distintos a los virtuales, fieles a la demanda, inaplicable o insuficiente se hace el ordenamiento. La línea de defensa tutelar se confunde y altera también. El director de una empresa puede estar en un país distinto a su equipo de trabajo y, aparte, existen serios vacíos legales acerca de los robots y la IA²⁴.

La hiperflexibilidad tiene dos caras muy definidas: una es que da más opciones para elegir el horario de trabajo, sujeto a la necesidad de la empresa o la demanda, pero la otra puede revelar más bien un deterioro de la salud y el bienestar de la persona, y esto es cuando pierde el control del tiempo de labor y de su vida personal. La digitalización supone alcanzar el equilibrio, pero lo que ocurre verdaderamente es que, sin interrupción de la conexión, esta sigue más allá de las jornadas de trabajo habituales, arruinando el descanso e impidiendo la justa armonía entre la vida laboral y la privada.

Aparece un nuevo mercado laboral constituido por plataformas digitales y a partir de modelos digitales pueden crearse objetos físicos, utilizando la impresión 3D o fabricación aditiva. Sin embargo, a los efectos de registrar las cotizaciones a la seguridad social, los trabajadores son considerados autónomos, careciendo generalmente de protección social. La dispersión de estos impide la representación sindical y la competencia que entre ellos se genera, imposibilita el ejercicio de derechos colectivos, tal como lo señala una resolución de la Confederación Europea de Sindicatos (CES) de 2017. Las soluciones no han faltado y son muy diversas, lo que en cierta forma dificulta la cuestión, sea organizando a los conductores o repartidores, judicializando los reclamos, creando comités de empresas en las plataformas, encauzando el diálogo social o creando cooperativas u otras organizaciones de base.

En España, por ejemplo, la conocida como Ley Rider (Ley 12/2021), fruto de un acuerdo social, establece una presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales

22. Bitar, S.: *El futuro del trabajo en América Latina ¿Cómo impactará la digitalización y qué hacer?* BID, 2020.

23. Cfr. Poy, S. y Robles, R.: "Informalidad, protección social y bienestar en la crisis del COVID-19 en cuatro países latinoamericanos", ob. cit.

24. Vega Ruiz, M. L.: "Revolución Digital, trabajo y derechos: El gran reto para el futuro del trabajo", *IUSlabor*, 2019, pp. 155-171.

de reparto de mercancías²⁵. Pero el sector sigue por diferentes razones poblado de autónomos que difícilmente cotizan. La constatación de la laboralidad pasa por la determinación de varios criterios (verificación de al menos 3 de 7 según un proyecto de Directiva de la Unión Europea). Lo que revelaría la subordinación sería: 1) La plataforma establece límites máximos de remuneración; 2) exige el cumplimiento de normas específicas relativas al servicio; 3) supervisa la ejecución; 4) establece limitaciones a la organización del trabajo, horario o ausencias; 5) acepta o rechaza tareas; 6) utiliza subcontratistas o sustitutos; y 7) restringe la posibilidad de tener una cartera de clientes o trabajar para terceros.

Lo importante es que las cotizaciones sociales se causen sin importar la categoría, ofreciendo la protección social en cada caso. Chile es otro ejemplo: ha implementado el ahorro previsional voluntario en su régimen de capitalización de pensiones, inclusive por grupo de empresas, basado en esquemas legales que han venido progresivamente evolucionando, rebosados ahora por el desarrollo tecnológico al servicio de la banca y usando técnicas de economía del comportamiento para el ahorro y el control de los gastos de las personas. La data es un tesoro para construir relaciones y ganar competitividad, puede servir como herramienta transaccional a la vez de convertirse en una plataforma de compromiso con el cliente (*customer engagement*). Se intenta de esta forma modelar las conductas para evitar decisiones miopes o irracionales, aunque sin creación de fuentes de empleo es poco lo que puede avanzarse en términos de justicia social, cobertura y nuevas cotizaciones sociales.

La brecha digital es también generacional, comprendiendo a dos grupos de edades: aquellos que forman parte de la era digital, ubicados entre 1980 y 1990, los llamados nativos digitales, y los que nacieron entre 1940 y 1980, con menos habilidades porque crecieron en un entorno no familiarizado con las TICs, son los inmigrantes digitales.

A la falta de formación y factores propios del entorno, se suman las aprehensiones por lo desconocido, la carencia de interés y la inseguridad que produce hacer transacciones en la red²⁶. Las personas mayores son en la actualidad una proporción cada vez más importante del total. Los niveles de fecundidad han disminuido en la región por debajo del promedio mundial desde la década del 70. Ello ocurre por elegir el número de hijos; porque el trabajo no se concilia con la vida familiar; y, por métodos de control de la natalidad, luego, la disminución de la mortalidad ha alterado la estructura por edades de la población. La Organización de Naciones Unidas reveló que la esperanza de vida mundial al nacer aumentó de 46'5 años en 1950 a 71,7 años en 2022, alcanzando los 77'3 años en el 2050.

En los países en vías de desarrollo con mercados de trabajo precarios, el descanso obligatorio podría pasarse por alto para no perder el empleo, y con sistemas de retiro deficientes, la edad promedio real excedería con creces a la legal. Por ejemplo, en 2016, en México, la edad mediana de jubilación fue de 71'6 años para los hombres y 67'5 años para las mujeres, frente a la edad legal de 65 años. En el caso de

25. Lahera Forteza, J. y Gómez Sánchez, V.: "Presente y futuro de la regulación laboral de las plataformas en España", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7, 2023.

26. Martín Romero, A. M: "La brecha digital generacional", *Temas Laborales*, 2020, pp.77-93.

Chile, la edad mediana es muy similar (71'3 y 67'7 años respectivamente), aunque la prescrita de jubilación para las mujeres es de solo 60 años. Hombres y mujeres deberán trabajar más tiempo después de su retiro conforme a derecho, así en Chile, las personas que tuvieron la dicha de alcanzar los 65 años de edad en 1950-55, podían esperar vivir un promedio de 12 a 13 años más, mientras que hoy pueden hacerlo entre 18 años el hombre y 21 años la mujer²⁷.

La pequeña y mediana agricultura está sumergida aún en la etapa analógica. La penetración digital dependerá del desarrollo de las relaciones capitalistas de producción. Algunos países, como Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, México, Perú y Uruguay, recién empiezan agendas específicas para el campo y comunidades indígenas. La variable educacional muestra cómo a mayor nivel de escolaridad es mayor el acceso a las TICs, lo que está directamente relacionado con el nivel de ingreso. Y una vez alcanzada la conectividad, se requerirá desarrollar prácticas docentes distintas para que estudiantes y demás usuarios aprovechen la web más allá del entretenimiento²⁸.

La aplicación preferente del teletrabajo podría ser solicitada por la tercera edad, discapacitados, embarazadas y en período de lactancia, personal responsable de cuidados especiales de enfermos, niños y adultos mayores, como lo prevé, por ejemplo, el reglamento de la Ley 31572 de Perú sobre el teletrabajo de 2023. Y entorno legal aparte, el Estado debería priorizar la capacitación de las personas con discapacidad.

Respecto a la dimensión de género, a nivel global, el 69 % de los hombres está usando internet en 2022, comparado con el 63 % de las mujeres, son 259 millones más que el total de mujeres usuarias. A nivel regional, las mujeres reciben aproximadamente un 20 % menos que los hombres que realizan un trabajo similar y con calificaciones similares. Tienen una menor participación en la fuerza laboral, cuentan con menos probabilidades de recibir capacitación por parte de los empleadores en TICs, estando menos dispuestos a invertir en capital humano cuando contratan a tiempo parcial, donde se enrolan principalmente las mujeres. De esta manera, las habilidades se concentran en los hombres. Son los usuarios más regulares de Internet y quienes ocupan más plazas educativas y empleos a escala mundial. A ello se suma la desigualdad sobre el empleo de los contenidos y acerca de las decisiones que pueden adoptarse²⁹.

La alfabetización digital resulta menor también por el tipo de empleo al que mayoritariamente acceden las mujeres (empresas pequeñas, informales, servicios de baja calificación y comercio minorista), sumado a los bajos ingresos que no permiten la capacitación. Si bien existe flexibilidad para cuadrar horarios y jornadas en el trabajo de plataformas (*Gig Economy*), son los hombres los que mayoritariamente se dedican al trabajo remoto³⁰. En carreras informáticas, específicamente, la presencia de la mujer

27. Spijker, J.: "El futuro del envejecimiento en América Latina y el Caribe: nuevas perspectivas metodológicas", *Papeles de Población*, núm. 114, 2022, <http://dx.doi.org/10.22185/24487147.2022.114.27>.

28. Leiva, F. B.: "Hacia un modelo de inclusión digital rural. Una mirada sobre América Latina y el caso de Chile", *Nueva Sociedad*, núm. 262, 2016, <https://nuso.org/articulo/hacia-un-modelo-de-inclusion-digital-rural/>.

29. Cfr. Amado, S. y Gala, R.: "Brecha digital, inclusión y apropiación de tecnologías. Un breve recorrido por sus diferentes conceptualizaciones", ob. cit.

30. Galperin, H. y Arcidiacono, M.: "Empleo y brecha digital de género en América Latina", *Revista Latinoamericana de Economía y Sociedad Digital*, núm. 1, 2020, pp. 2-25.

es escasa, por lo que todo apunta entonces a que, social y culturalmente, las TICs se asuman como parte de competencias propias del varón³¹. Los estereotipos impiden indudablemente que las mujeres se preparen para carreras tecnológicas. Se registran diferencias salariales y tasas de promoción ínfimas. Las brechas de acceso digital implican que las mujeres producen menos datos que los hombres y la carencia de información desglosada por género conduce a una actuación dispar en el conjunto de datos. Esto tiene consecuencias importantes en los resultados del aprendizaje automático y la prestación de servicios a través de inteligencia artificial (IA), presentando sesgos de género. En la medida que las condiciones de acceso y alfabetización digital mejoren, puede aumentar el ingreso femenino al campo de las TICs. Por otro lado, la regulación legal debe ser capaz de fijar el salario mínimo, enfrentar la discriminación salarial y disponer de un sistema de protección social que compense las desigualdades existentes³².

De acuerdo con el *Global Age Watch Index* (2016), las mujeres entre 50 y 70 años son más maltratadas que los varones. Cerca del 10 % entre 50-54 años reportan experiencias violentas en Argentina, comparado con el 5 % de los hombres; en Colombia, el 9 % de las mujeres entre 50-54 años, han sido víctimas de violencia y en El Salvador cerca del 6 %. El 85 % de las mujeres ha sufrido o ha sido testigo de actos digitales fuera de control contra otras mujeres y es sabido del uso de acciones de fuerza extraordinaria en contra del colectivo LGBTI³³.

La violencia de género, facilitada por la tecnología, adopta las formas de ciberacoso, el envío de fotos obscenas (*ciberflashing*) y la exposición intencional de información personal (*doxing*), entre otros abusos, los que se vuelven frecuentes con aquellos que menos posibilidades tienen de usar el internet como vehículo de expresión, sea por desconocimiento, temor o desconfianza, y lo que no deja de ser una paradoja pues, aunque lo disfrutan menos, se arriesgan más.

III. LA SUPERACIÓN DE LA BRECHA DIGITAL

A. Inversión e inclusión

Las políticas públicas de inclusión digital funcionan en la medida que la infraestructura mejore. De lo que se trata es de la cantidad de fibra y cables, móviles y satélites que se necesitan. Por solo poner un ejemplo, más de 25 millones de mexicanos no tienen acceso al internet, en contraste con los Estados Unidos, donde el número de dispositivos conectados en 2021 supera al de su población de más de 350 millones³⁴.

31. Gil-Juárez, A., Feliu, J. y Vitores, A.: "Género y TIC: en torno a la brecha digital de género". *Athenea Digital*. vol. 12 (3), 2012, <http://psicologiasocial.uab.es/athenea/index.php/atheneaDigital/article/view/Gil>, 3-9.

32. Obtenido de ONU-Mujeres: Cómo asegurar un futuro digital equitativo, 2023. <https://www.unwomen.org/es/noticias/articulo-explicativo/2023/03/como-asegurar-un-futuro-digital-equitativo>.

33. Vid. AARP & HelpAge.: *Global Age Watch Index*. 2016. Recuperado el 19 de octubre de 2023. <http://www.globalagewatch.org/countries/country-profile/?country=Argentina>; CEPAL, *Panorama social de América Latina y el Caribe*, Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2023; y Rosa, J. M. *Envejecer con orgullo. Las vejeces de varones homosexuales y bisexuales en Montevideo*, Montevideo: Fondo Marielle, Secretaría de Diversidad de la Intendencia, 2022.

34. Sin embargo, recuperado el 17 de octubre de 2023, <https://www.sinembargo.mx/24-06-2023/4375714>.

El punto es que, para incrementar la penetración de acceso al internet de los más vulnerables, importa tanto la inversión general en la materia como el aspecto referido a la inserción, dado que aún el 20 % de la población mundial carece de banda ancha.

Argentina fomenta la educación digital desde el Estado nacional en la Ciudad de Buenos Aires y las provincias de San Luis, Río Negro, Mendoza, Santa Cruz y La Rioja³⁵; en Chile, el programa Enlaces promueve el desarrollo de una cultura digital, programa que, después de 25 años de estar en marcha, adquiere forma de política de Estado desde el Ministerio de Educación, reduciendo la diferencia entre docentes y estudiantes; en Uruguay, la penetración se fija como modelo 1 a 1, un computador-un alumno, es el Plan Ceibal que se inició en el 2007, además de un conjunto armónico de programas canalizados a través de la empresa estatal de telecomunicaciones Antel. Esta brinda conectividad por fibra óptica a todos los centros educativos, mientras que el programa Uruguay-Sociedad de la Información (USI), tiene el propósito de masificar el acceso en las comunidades desfavorecidas a través de infocentros. Para reducir la brecha digital generacional se cuenta con el proyecto Ibirapitá, el cual consiste en la realización de talleres y entrega gratuita de tablets a los jubilados de más bajos ingresos³⁶. La compaginación de las políticas corresponde al Grupo de Trabajo de Ciudadanía Digital (GTCD), cuyo objetivo central es que en este ambiente se ejercite la ciudadanía, lo que implica conocer los modos en que los datos, algoritmos y plataformas condicionan las actitudes personales y sociales, garantizar el respeto a los derechos humanos y alcanzar un mayor bienestar.

Una de cada 6 personas en el mundo tendrá 60 o más años en el 2030. Esta es una proyección magnífica, gracias a los avances de la medicina y estilos de vida más saludables que alargan continuamente la existencia; sin embargo, se abren de seguidas innumerables retos que deben ser asumidos con planificación y decisión. El envejecimiento demográfico ya es notable en la región. En 1959, la esperanza de vida alcanzaba los 51 años, pasó luego a 76 años y en 2050, será de 81 años. Más de 1400 millones de personas mayores potencialmente podrían incorporarse a los beneficios de la era digital. Para hacerlo hay que mejorar las condiciones de empleo y trabajo, las relaciones laborales y la igualdad de género. Las empresas en Chile han adoptado favorablemente medidas de inclusión de las personas mayores y las nuevas formas de organización del trabajo han contribuido a su inclusión a través del horario flexible, el teletrabajo y la jornada parcial, no obstante, la organización sindical es escasa y solo un poco más de un tercio de mujeres son contratadas en un mercado predominantemente masculino³⁷.

El adulto mayor debe tener el poder para definir su plan final de vida. Los gerontólogos piden que se preste atención a sus interpretaciones, a la narrativa que cada

35. Martínez, S. L., Martín, G. y Méndez, A.: "Políticas de inclusión digital en Argentina y el Cono sur: cartografía, perspectivas y problemáticas", *Revista Interterritorios*, núm. 2, 2016, pp. 155-170,

36. Muñoz, R. A.: "La incidencia de la brecha digital y la exclusión social tecnológica: El impacto de las competencias digitales en los colectivos vulnerables", *Praxis Sociológica*, núm. 19, 2015, pp. 225-240.

37. Cfr. Palacios, J. F. y Cachón, I. O.: *Ranking de territorios por la economía senior*, Madrid: Fundación MAPFRE, 2023; INE. *Estadísticas Estructurales del Trabajo*. Santiago: Departamento de Estadísticas del Trabajo, 2019; y Spijker, J.: "El futuro del envejecimiento en América Latina y el Caribe: nuevas perspectivas metodológicas", ob. cit.

uno formula y a sus diversas experiencias³⁸. La jubilación no es una expulsión del mercado de trabajo, es más bien una oportunidad. Pero sabemos que ello puede ser tan solo un cliché. La disminución del poder adquisitivo y la pérdida de relaciones sociales son una amenaza capaz de convertirse en encierro y enfermedad. La edad digital podría ser una oportunidad para aumentar el número de usuarios tecnológicos, siempre que la jubilación sea fructífera. Las acciones formativas pueden continuar para aquellos que antes de la misma ya tenían alguna habilidad y comenzar para los otros que deseen convertirse en nuevos tecnólogos. Puede una persona mayor adaptarse sin causar por ello una disfunción³⁹. La postcarrera es un proceso que no es lineal para todos, porque depende del contexto en que se dé y según determinados condicionantes personales, estos pueden cambiar en beneficio del adulto mayor. El entorno definitivamente puede modificarse con virtudes y capacidades para incluir la financiación adecuada y la motivación necesaria que optimice la actividad individual.

B. Salud y medio ambiente

En el ámbito de la salud, la tecnología anota sus mejores tantos, tal como señala una Resolución del Parlamento Europeo de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de IA y robótica. Expresa que este conjunto de instrumentos y procedimientos cibernéticos favorecen, entre otros muchos usos: el descubrimiento de medicamentos, las consultas digitales, las enfermeras virtuales, la elaboración de fármacos, la genética y la genómica, así mismo la cirugía asistida por robots, el tratamiento de enfermedades crónicas, la discapacidad, la imaginería médica y los historiales clínicos, contribuyendo sobremanera al seguimiento sanitario y al análisis de los sistemas de salud.

En la región, aparte de la inversión tecnológica que se necesita y a sabiendas de que la economía de plataforma permite la conexión a cualquier hora, atendiendo a la demanda del cliente y, dependiendo la faena de ese llamado irregular, competitivo y poco gratificante, ha motivado a que: en Argentina, mediante Ley 27555 de agosto de 2020, se consagre el derecho a la desconexión digital fuera de la jornada laboral y durante los períodos de licencia; en Chile, de acuerdo con la Ley 21220 de marzo de 2020, el tiempo de desconexión debe ser de al menos 12 horas continuas en un período de 24 horas; y en Uruguay existe la garantía del descanso mínimo legal cuando el trabajador se desconecta y tiene el derecho a no ser contactado⁴⁰.

Hay que trabajar igualmente en la prevención del maltrato y el aislamiento de las personas mayores. En este sentido, la red facilita la comunicación, la interacción con otros y la posibilidad de informar sobre lo que pasa, ofreciendo la oportunidad de

38. Spijker, J.: "El futuro del envejecimiento en América Latina y el Caribe: nuevas perspectivas metodológicas", ob. cit.

39. Prieto, C. V.: "¿Es la jubilación un buen momento para aprender informática?" *Ariadna, cultura, educación y tecnología*, vol. I., núm. 1, 2013. <http://Dx.Doi.org/10.6035/ariaDna.2013.1.13>, 77-82.

40. Mogollón García, I.: "Reflexiones sobre la economía colaborativa y el capitalismo de las emociones: nuevos retos en el análisis del conflicto capital-vida", *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 41, 2019, pp. 141-164.

poder emprender acciones desde cualquier lugar. Aparte de eso, la web puede contribuir a elevar el entusiasmo y estrechar los lazos familiares⁴¹.

Los maltratos físicos y psicológicos y la soledad, cuando no se quiere o no se disfruta, podrían evitarse con sistemas de alerta temprana, denuncia, investigación y procesamiento adecuado, hasta la obtención de la resolución definitiva. El Ministerio de Salud de Colombia, a los efectos de elaborar una política pública de envejecimiento humano, reconoce como maltrato a las personas mayores la acción u omisión que produzca daño, vulnere el respeto a la dignidad y el ejercicio de los derechos de una persona mayor. Identifica dos tipos: el directo, que es individual, caracterizado como abuso físico o emocional o actuación negligente, y el social, que es el que corresponde al viejismo (estereotipos, prejuicios y discriminación hacia las personas mayores en función de su edad), la infantilización y la desconsideración cultural, envuelta en prejuicios que pasan desapercibidos.

Existen experiencias preventivas de países europeos. Algunas de sus acciones no toman mucho tiempo ni requieren de presupuestos altos, por lo que también se implantan en la región. Por ejemplo, Bélgica, Francia y Colombia cuentan con una línea de atención para informar casos de abuso. En Chile, la Ley 20427 de 2010, incorporó el maltrato de personas mayores en su legislación y el Servicio Nacional del Adulto Mayor (SENAMA) del Ministerio de Desarrollo Social dirige un programa contra la violencia y el abuso al adulto mayor⁴².

La extensión telefónica en los países europeos antes citados se refuerza con visitas a domicilio que conducen a una atención más integral. En Alemania existen centros de asesoramiento y viviendas para las mujeres de edad que requieran resguardo; en los Países Bajos, la matriz de alerta ciudadana detecta posibles signos de abusos e indica los pasos a seguir cuando apenas se sospecha de estos; en el Reino Unido, empleadores y organizaciones de voluntarios pueden tener acceso a los antecedentes penales de quienes proporcionan atención a las personas mayores y organizaciones benéficas actúan como apoyo más allá del sistema de justicia penal que estipula específicamente delitos contra las personas de edad.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores del año 2015, señala que los países deben facilitar mecanismos para la presentación de denuncias y recibir orientación adecuada, lo que es un objetivo que bien puede ser tramitado a través de portales que contengan los trámites ligeros, los enlaces y contactos electrónicos.

La capacitación a los funcionarios encargados de los servicios sociales, de salud y domiciliarios se ha propuesto como obligatoria en Argentina en el 2023. La experiencia en materia de organización de un Servicio Nacional del Adulto Mayor la tiene Chile, la

41. León-Latorrea, M. I.; Martos-Enrique, M. y Galiana-Camacho, T.: "Técnicas de comunicación en las personas adultas mayores ante el aislamiento social y la soledad", *Revista Española de Comunicación en Salud*, vol. 11, núm. 2, 2020. pp. 268-277.

42. CEPAL.: *Derechos de las personas mayores: retos para la interdependencia y autonomía*, Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2017; y CEPAL.: *Maltrato a las personas mayores en América Latina*. Recuperado el 06 de septiembre de 2023. <https://www.cepal.org/es/notas/maltrato-personas-mayores-america-latina>, 2019.

misma sirvió para la elaboración de la Convención citada, en vigor en ese país desde 2017. Uruguay lo haría antes por la Ley 19430 de 2016.

La prevención se prolonga al área ambiental: el carbón es el causante del 75 % de las emisiones de gases de efecto invernadero en la Unión Europea. La descarbonización es una necesidad y las TICs ayudan a ello, aportando energía limpia. Noruega se prepara para esta transición, gracias al petróleo. Maneja el fondo gubernamental más grande del mundo con activos equivalentes que sobrepasan el billón de dólares. Sus ingresos proceden de las exportaciones petroleras y de la rentabilidad de las inversiones en mercados extranjeros, exclusivamente. Un Comité Ético evalúa la incorporación o exclusión de la cartera de aquellas empresas que generen daños ambientales, fabriquen productos prohibidos o violen los derechos humanos⁴³. Otros países petroleros como Emiratos Árabes, Kuwait y Arabia Saudita cuentan con caudales de este tipo. En la región, Ecuador, México y Venezuela, crearon con el propósito de convertirse en amortiguadores de los ciclos económicos, apartados fiscales nutridos con sus excedentes oleaginosos, aunque no con los mismos resultados⁴⁴.

C. Participación y destrezas

Si bien hay poca deliberación en el sentido asambleario del término, cabe reconocer que el discurso es más plural; hay una mayor implicación ciudadana en los asuntos públicos, de vigilancia y control; hay más información y los contenidos políticos cuentan con nuevos formatos de expresión, según sea el contexto. Existen plataformas para llevar a cabo campañas relacionadas con asuntos públicos y globales. Ejercen un cabildeo financiado con recursos aportados desde la misma red. El activismo del hashtag establece agendas diarias y así, desde el teclado, la audiencia se expresa sobre temas de interés general. Las organizaciones y personas procuran un manager de redes para administrar el volumen, la información y la oportuna respuesta. Subirats (2013) añade que la red altera la distribución de costes y recursos para la acción grupal, donde se cuenta con más saberes y con menos gastos de organización.

Las habilidades y capacidades son indispensables para ahondar y ampliar estas vivencias. Ello irá un paso más allá de la comunicación con amigos y familiares. En España, por ejemplo, las personas mayores dominan el correo electrónico, saben abrir, adjuntar e imprimir un archivo y usan los motores de internet para encontrar información⁴⁵. En la región, en cambio, esto sigue siendo una aspiración, junto con los saberes elaborados a base de competencias conceptuales, procedimentales y actitudinales para el manejo de datos, programas y hojas de cálculo. El aprendizaje digital para la

43. Wirth, E.: *Conflictos principal-agente en la gestión financiera del Fondo Soberano Noruego (CPFG)*, Departamento de Economía, Universidad Pontificia Comillas, 2019. <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/287199/retrieve>.

44. Jaramillo, L. A.: *Modelo de Gestión y Manejo de los Fondos de estabilización petrolera: análisis comparativo del caso noruego y del caso ecuatoriano*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede Ecuador, Tesis para obtener el título de Maestría en Economía con mención en Economía del Desarrollo, 2015.

45. Juste, M. R.; Carballo, J. G., y López, B. R.: "Las personas mayores y las TIC. Un compromiso para reducir la brecha digital", *Pedagogía Social. Revista Interuniversitaria*, núm. 26, 2015, pp. 337-359.

comunicación y participación dependerá de la oferta académica, la motivación y las condiciones económicas de las personas. Para garantizar el derecho a una formación profesional continua, el poder público debe actuar. Es el que tiene la cualidad necesaria para impulsar la formación y readaptación profesional con el objetivo de asegurar una ocupación y asistencia económica y sanitaria para aquel que la pierda. Lo que engloba esta política activa de empleo es un cuadro legal de protección para laburantes y parados, servicios de apoyo a la búsqueda de un oficio, orientación y reinserción laboral. El esquema progresa si incluye medidas para mejorar las oportunidades de colocación de grupos vulnerables, al tiempo de exhibir otras que fortalezcan la industria y el comercio. Por último, la moldura jurídica será exitosa si los representantes del capital y el trabajo intervienen en su elaboración.

La Ley argentina 27555 de 2020 del contrato de teletrabajo establece que el empleador deberá garantizar la capacitación de sus dependientes en nuevas tecnologías, brindando cursos y herramientas de base, sea en forma virtual o presencial, sin que ello involucre una mayor carga de trabajo, pudiendo realizarla en forma conjunta con la entidad sindical y el Ministerio del ramo. La Norma Oficial Mexicana (NOM-037-STPS-2023) prevé la instrucción al menos una vez al año a los trabajadores bajo la modalidad de teletrabajo, sobre las condiciones de seguridad y salud que deben tener y mantener en su lugar de faena. Y en Perú, la Ley 31.572 de 2022, obliga al trabajador a participar de los programas de formación dispuestos por el empleador sobre el uso de aplicativos informáticos, en seguridad de la información, seguridad y salud, y sobre prevención del hostigamiento sexual en el teletrabajo. La capacitación se realiza, expresa la normativa, al inicio de la relación laboral o antes de cambiar la modalidad de presencial a teletrabajo, según corresponda, así como cuando se introduzcan modificaciones sustanciales a los medios informáticos empleados en la prestación del servicio.

La edad tiene importancia para distinguir entre aquellos que son nativos digitales y aquellos que nacieron con anterioridad a la revolución digital. En este caso, la adquisición de las diferentes prácticas parte de cero, como lo hace, por ejemplo, el Servicio Nacional del Adulto Mayor del Ministerio de Desarrollo Social y Familia de Chile en el año 2023, el que ha elaborado, con el apoyo de *HelpAge International*, un Manual de Uso Tecnológico. Los datos revelan que los usuarios de internet de una edad superior a 60 años lo utilizan para fines informativos, y que un alto porcentaje no lo emplea, porque no saben cómo hacerlo o no saben utilizar el computador⁴⁶.

D. Marco legal y desarrollo de la administración previsional

Para incentivar la inversión y el desarrollo tecnológico para todos, es necesario crear un marco legal de manera que la conexión entre democracia y economía digital sea una relación armónica entre poder, ciudadanía y tecnología. En este sentido, la Unión

46. Loyola, E. L.: *Acceso a la justicia y brecha digital en los adultos mayores*, Informe sintético sobre la cuestión en Chile, ob. cit.

Europea cuenta con directrices sobre servicios digitales y mercados digitales, además de la legislación interna de cada país. En el año 2020, la autoridad antimonopolio de Francia dictó una providencia que obligó a Google a negociar con editores y agencias noticiosas sobre el pago por el uso de sus contenidos arrojados por el motor de búsqueda de la empresa. La *Autorité de la Concurrence* determinó que Google ocupaba una posición dominante, puesto que su cuota de mercado a finales de 2019 fue de alrededor del 90 % mensual⁴⁷. En la región, YouTube, Google y Facebook sobresalen a proveedores locales como Televisa en México, Globo en Brasil, Clarín en Argentina y El Mercurio en Chile, y el mercado de transmisión (*streaming*) es dominado por Netflix con más de 7 millones de abonados, seguido de Google Play y Apple TV, según la CEPAL (2016). Chile implementó en 1973 una legislación para la promoción de la libre competencia y Argentina lo hizo en 1999 (Ley de Defensa de la Competencia) que tiene por finalidad sancionar a quienes limiten, restrinjan o distorsionen el acceso a los mercados; no obstante, se consolidan grandes empresas que absorben a pequeñas emprendedoras, requiriéndose asegurar a los actores sociales el acceso al mercado en condiciones similares⁴⁸.

El servicio público de la seguridad social se verá afectado positivamente en la era digital. Destaca el potencial de la digitalización en relación con la accesibilidad a los servicios sociales y otros de protección social. La administración acelera sus procesos, compila y relaciona información relevante, enlaza en tiempo real a usuarios y gestores, simplifica trámites y aumenta la calidad y cantidad de información. Los tiempos de respuesta se abrevian y la posibilidad de mejora de todos los beneficios aumenta considerablemente. El registro de pagos, distribución de fondos, digitalización de expedientes, trámites de prestaciones, registros de custodias e inversiones serán posibles con una oficina en línea, segura, eficiente, participativa y autoevaluable.

En Argentina inició en diciembre de 2015 un proyecto de digitalización del sector público federal para dejar atrás al papel y simplificar trámites en búsqueda de ahorro. Ello ha permitido que más de 7'5 millones de jubilados accedan a su retiro sin tener que cumplir un trámite presencial y puedan llevar a cabo otros procesos sobre pensiones de invalidez y fallecimiento. Desde 2018 una Secretaría de Simplificación Productiva fue concebida como un área transversal a todo el sector público con el objetivo de mejorar la competitividad e integrar a las empresas al entramado productivo⁴⁹.

Un primer paso para lograr este objetivo en Chile fue el lanzamiento de la red de servicios del Estado Chile Atiende, la que cuenta con más de una decena de servicios públicos integrados y más de un centenar de trámites disponibles en una red presencial de diferentes sucursales a lo largo de todo el país, todo en un sitio web con información de más de 1900 trámites y un call center. Chile sin Papeleo es otro

47. Osorno, A. C.: *El derecho de competencia en la economía digital: una mirada al caso de Google en Francia*. Trabajo de Grado presentado como requisito para optar por el título de abogada, Medellín: Universidad EAFIT, 2023.

48. Núñez, G. y Furquim, J.: *La concentración de los mercados en la economía digital*, Santiago: CEPAL-Agencia Alemana de Cooperación Internacional, 2018.

49. CAF.: *Estados ágiles en América latina: la transformación digital y la simplificación*, Corporación Andina de Fomento, 2020.

programa que pretende facilitar la vida de las personas y las actividades productivas. Y, por su parte, la Ley 21.180 de Transformación Digital del Estado, de noviembre de 2019, apunta a racionalizar los procesos administrativos.

Un portal web que facilite la integración de instituciones de protección social es muy importante. En un solo lugar podrían reunirse organismos y personas vinculadas con la tercera edad con indicación de servicios y facilitación de diligencias. Argentina, Chile y Uruguay constituyen un buen ejemplo de lo dicho⁵⁰. Se puede, del mismo modo, recopilar información relevante sobre la tercera edad y el sitio puede ser el vínculo para los cuidados integrales, incluyendo los servicios de asistencia domiciliaria.

IV. CONCLUSIONES

La malla informática es un producto de consumo. El mercado digital toma más distancia del Estado y es agente promotor de cambios culturales. Los vínculos personales a través de la red son reforzados por un algoritmo que, en apariencia, no gobierna las decisiones. Se maniobran campañas, se distorsiona la verdad o se agranda el consumo. Los tableros digitales caracterizan a la economía y al actual espacio global.

La red informática mundial ha alterado todo, pero persisten diferencias en el acceso y la velocidad de conexión. La duración efímera de un suceso produce datos intrascendentes, múltiples versiones del mismo y aceleración. El croquis analógico es sustituido por el compendio de bits temporales e imprevisibles. Los espacios son colaborativos, pero las prácticas individuales. El tejido digital propaga mensajes y organiza grupos de diferente categoría y parecer.

Si bien el nexo entre máquinas allana las distancias, la sociedad de la información no es una competición entre iguales. Los trabajadores en ese orbe no tienen la preponderancia de tiempos pasados ni están ordenados para propagar cambios de reglas. Pese a las masivas transferencias monetarias a los más pobres, la protección social siguió dividida y resultó insuficiente. La desconexión discrimina y agota valores esenciales como la libertad y la igualdad. El nuevo paradigma productivo va a la vanguardia de una modernidad radical que causa de por sí exclusión, monopolios y negocios opacos afincados en la flaqueza institucional.

La brecha digital no se cierra solo con una robusta inversión sin manejar todas las magnitudes analizadas en este ensayo de tipo político-cultural, laboral y de género. La primera se ubica en diferentes contextos, pero en términos generales, las redes pueden contrarrestar al poder establecido o favorecer el estado de cosas en un determinado momento. La brecha laboral y de género advierte sobre pérdidas de empleos tradicionales y nacimiento de nuevos en medio de una alta informalidad. La sucesión progresiva de derechos se interrumpe en el intervalo digital, subsisten vacíos legales, sobreviene un exceso de flexibilidad reglamentaria y se carece generalmente de

50. Argentina (<https://www.argentina.gob.ar/trabajo/seguridadsocial>), Chile (<https://www.ips.gob.cl/inicio>) y Uruguay (<https://www.bps.gub.uy/19382/banco-de-prevision-social.html>).

protección social. La organización de los trabajadores digitales es compleja por la naturaleza de los empleos, la competencia entre los participantes, su dispersión y el modelo de negocio de las plataformas. Ello reduce cotizaciones y posibilidades de protección, salvo adscripciones voluntarias estimuladas por planes de ahorro y de economía del comportamiento. A la brecha generacional (la diferencia entre nativos e inmigrantes digitales), se le suma el envejecimiento demográfico, los problemas de salud derivados de la fatiga laboral y el aumento de la edad promedio real para jubilarse. Las diferencias de género se hacen presentes a nivel de frecuencia de uso de la red, desigualdad en el salario, la capacitación, educación, calidad del empleo y violencia allanada en contra de la mujer.

Para batir a la brecha digital hay que estimar los gastos que ello requiere y adoptar su implementación como política de Estado para hacer multitudinario lo que aún no lo es, mejorar las condiciones medioambientales, de empleo y trabajo, las relaciones laborales y de género, con medidas de inclusión para las personas mayores, especialmente referidas a la salud y la capacitación de los funcionarios encargados de los servicios sociales, de sanidad y a domicilio. La red facilita la comunicación, contribuye a elevar su entusiasmo y a prevenir o evitar el maltrato. La ocasión permite cambios organizacionales a menor costo y asoma más saberes. Para alcanzarlos se necesita desarrollar habilidades digitales que dependerán de la oferta académica, la motivación y condición económica del participante.

Un marco legal que impulse lo anterior sería oportuno. La tarea de esa legislación es la de delimitar el servicio y el mercado digital, conectados a su vez a los valores democráticos de libertad y justicia, junto con un servicio público de seguridad social remozado y ampliado.

Bibliografía

- AARP & HelpAge.: *Global Age Watch Index*, 2016. Recuperado el 19 de octubre de 2023, de <http://www.globalagewatch.org/countries/country-profile/?country=Argentina>
- Aleteia.: *En China, las empresas controlan las emociones de sus empleados*, 2018. Recuperado el 21 de septiembre de 2023. <https://es.aleteia.org/2018/05/30/en-china-las-empresas-controlan-las-emociones-de-sus-empleados/>.
- Amado, S. y Gala, R.: "Brecha digital, inclusión y apropiación de tecnologías. Un breve recorrido por sus diferentes conceptualizaciones" en Martínez, S. L.: *Políticas Públicas e Inclusión Digital. Un recorrido por los núcleos de acceso al conocimiento*, Instituto de Investigaciones Gino Germani, 2019.
- Berg, S. y Hofmann, J.: "Democracia Digital", *Revista Latinoamericana de Economía y Sociedad Digital*, 2022. <https://doi.org/10.53857/eeti9698>.
- Bennett, W. & Segerberg, A.: *The Logic of Connective Action: Digital Media and the Personalization of Contentious Politics*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Bitar, S.: *El futuro del trabajo en América Latina ¿Cómo impactará la digitalización y qué hacer?* BID, 2020.
- Brussevich, M.; Dabla-Norris, E. y Khalid, S.: "El trabajo a distancia no es una opción para los pobres, los jóvenes y las mujeres", IMF BLOG, 08 de julio de 2020. <https://www.imf.org/es/Blogs/Articles/2020/07/07/blog-teleworking-is-not-working-for-the-poor-the-young-and-women>.
- CAF.: *Estados ágiles en América latina: la transformación digital y la simplificación*, Corporación Andina de Fomento, 2020.

- Carvajal, A. R.: "El bloguero, gestor de productos culturales en la era digital. Aproximaciones a la definición de prosumidor", *Colección Académica de Ciencias Sociales*, 2018, pp. 27-37.
- CEPAL: *La nueva revolución digital. De la internet del consumo a la internet de la producción*, Santiago: Equipo de la Unidad de Innovación y Nuevas Tecnologías de la División de Desarrollo Productivo y Empresarial de la CEPAL, 2016.
- CEPAL: *Derechos de las personas mayores: retos para la interdependencia y autonomía*, Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2017.
- CEPAL: *Maltrato a las personas mayores en América Latina*, 2019. Recuperado el 06 de septiembre de 2023, de <https://www.cepal.org/es/notas/maltrato-personas-mayores-america-latina>.
- CEPAL: *Panorama Social de América Latina 2020*. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2021.
- CEPAL: *Panorama Social de América Latina y el Caribe*. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2023.
- CES: *Resolución de la CES sobre cómo abordar los nuevos retos digitales para el mundo del trabajo, en particular el trabajo colaborativo*, Confederación Europea de Sindicatos, 2017.
- CSI: *Índice Global de los derechos de la CSI*, Bruselas: Confederación Sindical Internacional, 2022.
- Dupas, G.: "Pobreza, desigualdad y trabajo", *Nueva Sociedad*, núm. 215, 2008.
- Ford, E.: *El reto de la democracia digital. La democracia en el momento actual*, Idea Internacional, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, Instituto de Estudios Democráticos, Konrad Adenauer-Stiftung, 2020.
- Galperin, H. y Arcidiacono, M.: "Empleo y brecha digital de género en América latina", *Revista Latinoamericana de Economía y Sociedad Digital*, núm. 1, 2020, pp. 2-25.
- Gil-Juárez, A., Feliu, J. y Vitores, A.: "Género y TIC: en torno a la brecha digital de género", *Athenea Digital*, Vol. 12 (3). <http://psicologiasocial.uab.es/athenea/index.php/atheneaDigital/article/view/Gil>, 2012, pp. 3-9.
- Gobierno de Colombia.: *Unidad para las Víctimas*, 2021. Recuperado el 12 de septiembre de 2023, de <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/enfoques-diferenciales/conozca-la-ruta-para-denunciar-el-maltrato-personas-mayores/64890>
- GTCD.: *Estrategia Nacional de Ciudadanía Digital para una Sociedad de la Información y el Conocimiento*, Montevideo: AGESIC, 2024.
- Gutián, E. G.: "Democracia Digital. Discursos sobre participación ciudadana y TIC", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 173, 2016, pp. 169-193.
- Katz, J.: "¿Quo vadis, América Latina? Las dos caras del nuevo capitalismo latinoamericano", *Revista CEPAL*, núm. 140, 2023, pp. 2-17.
- Loyola, E. L.: *Acceso a la justicia y brecha digital en los adultos mayores. Informe sintético sobre la cuestión en Chile*. <https://www.unilim.fr/trahs>: TraHs No. 5, 2019.
- INE.: *Estadísticas Estructurales del Trabajo*, Santiago: Departamento de Estadísticas del Trabajo, 2019.
- Jaramillo, L. A.: *Modelo de Gestión y Manejo de los Fondos de estabilización petrolera: análisis comparativo del caso noruego y del caso ecuatoriano*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede Ecuador: Tesis para obtener el título de Maestría en Economía con mención en Economía del Desarrollo, 2015.
- Juste, M. R.; Carballo, J. G. y López, B. R.: "Las personas mayores y las TIC. Un compromiso para reducir la brecha digital", *Pedagogía Social. Revista Inteuniversitaria*, núm. 26, 2015, pp. 337-359.
- Khyнку, D. K.: *Energía Renovables y Finanzas Verdes*, Trabajo fin de grado tutelado por José Rodríguez Fernández, Valladolid: Universidad de Valladolid, 2021.
- Lahera Forteza, J. y Gómez Sánchez, V.: "Presente y futuro de la regulación laboral de las plataformas en España", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7, 2023.
- León-Latorrea, M. I.; Martos-Enrique, M. y Galiana-Camacho, T.: "Técnicas de comunicación en las personas adultas mayores ante el aislamiento social y la soledad", *Revista Española de Comunicación en Salud*, Vol. 11, núm. 2, 2020, pp. 268-277.

- Leiva, F. B.: "Hacia un modelo de inclusión digital rural. Una mirada sobre América Latina y el caso de Chile", *Nueva Sociedad*, núm. 262, 2016. <https://nuso.org/articulo/hacia-un-modelo-de-inclusion-digital-rural/>
- Marín, J. A.: "La era digital: nuevos medios, nuevos usuarios y nuevos profesionales", *Razón y Palabra*, núm. 71, 2010. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=199514914045>.
- Martín Romero, A. M.: "La brecha digital generacional", *Temas Laborales*, 2020, pp.77-93.
- Martínez, S. L.; Martín, G. y Méndez, A.: "Políticas de inclusión digital en Argentina y el Cono sur: cartografía, perspectivas y problemáticas", *Revista Interterritorios*, núm. 2, 2016, pp. 155-170.
- Mogollón García, I.: "Reflexiones sobre la economía colaborativa y el capitalismo de las emociones: nuevos retos en el análisis del conflicto capital-vida", *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 41, 141-164, 2019, pp. 141-164.
- Muñoz, R. A.: "La incidencia de la brecha digital y la exclusión social tecnológica: El impacto de las competencias digitales en los colectivos vulnerables", *Praxis Sociológica*. núm. 19, 2015, pp. 225-240.
- Núñez, G. y Furquim, J.: *La concentración de los mercados en la economía digital*, Santiago: CEPAL-Agencia Alemana de Cooperación Internacional, 2018.
- OEA.: *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas mayores*, 2015. Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de XLV Asamblea General de la OEA: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf
- Osman, M.: Datos y Estadísticas Locas e Interesantes de Facebook 2024, 22 de enero de 2023. <https://kinsta.com/es/blog/estadisticas-facebook/>.
- Osorno, A. C.: *El derecho de competencia en la economía digital: una mirada al caso de Google en Francia. Trabajo de Grado presentado como requisito para optar por el título de abogada*. Medellín: Universidad EAFIT, 2023.
- ONU-Mujeres.: *Cómo asegurar un futuro digital equitativo*, 2023. <https://www.unwomen.org/es/noticias/articulo-explicativo/2023/03/como-asegurar-un-futuro-digital-equitativo>.
- Palacios, J. F. y Cachón, I. O.: *Ranking de territorios por la economía senior*, Madrid: Fundación MAPFRE, 2023.
- Parlamento Europeo.: *Una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica*. Resolución de 12 de febrero de 2019.
- Poy, S. y Robles, R.: *Informalidad, protección social y bienestar en la crisis del COVID-19 en cuatro países latinoamericanos*, CEPAL, 2023, pp.23-44.
- Prieto, C. V.: ¿Es la jubilación un buen momento para aprender informática? *Ariadna, cultura, educación y tecnología*, Vol. I., núm. 1, 2013. <http://Dx.Doi.org/10.6035/ariaDna.2013.1.13>, pp. 77-82.
- Rodríguez, D. R.: "Teletrabajo, acceso a Internet y apoyo a la digitalización en el contexto del Covid-19", *APUNTES*, UCM-FEDEA, 2020.
- Rosa, J. M.: *Envejecer con orgullo. Las vejeces de varones homosexuales y bisexuales en Montevideo*, Montevideo: Fondo Marielle, Secretaría de Diversidad de la Intendencia, 2022.
- Sinembargo.: Recuperado el 17 de octubre de 2023, de <https://www.sinembargo.mx/24-06-2023/4375714>.
- Spijker, J.: "El futuro del envejecimiento en América latina y el Caribe: nuevas perspectivas metodológicas", *Papeles de Población*, núm. 114, 2022. <http://dx.doi.org/10.22185/24487147.2022.114.27>.
- Statista.: *Número de descargas de aplicaciones móviles a nivel mundial de 2016 a 2022* (06 de diciembre de 2023). Recuperado el 27 de abril de 2024, de <https://es.statista.com/estadisticas/574024/numero-de-descargas-mundiales-de-apps-mundo/#:~:text=El%20n%C3%BAmero%20de%20descargas%20de,millones%20con%20respecto%20a%202021>.
- Subirats, J.: "¿Nueva Política? ¿Nuevos Actores?", *Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 26, núm. 33, 2013, pp. 55-72.

- Tamasini, L.: "El impacto del proceso de globalización sobre la sociedad del bienestar", en *Sistemas de protección social*, Centro de Informaciones y Estudios del Uruguay, 1998.
- UIT.: *Internet surge slows, leaving 2.7 billion people offline in 2022*. Recuperado el 15 de octubre de 2023. <https://www.itu.int/en/mediacentre/Pages/PR-2022-09-16-Internet-surge-slows.aspx>.
- UIT.: *Porcentaje de personas usando internet por región, 2022*. Recuperado el 30 de octubre de 2023. <https://www.itu.int/itu-d/reports/statistics/2022/11/24/ff22-internet-use/>.
- Vega Ruiz, M. L.: "Revolución Digital, trabajo y derechos: El gran reto para el futuro del trabajo", *IUS-labor*, 2019, pp. 155-171.
- Wirth, E.: *Conflictos principal-agente en la gestión financiera del fondo soberano noruego (CPFG)*. <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/287199/retrieve>: Departamento de Economía. Universidad Pontificia Comillas, 2019.



Las mujeres porteadoras en la frontera del Tarajal: el fin del “comercio atípico”, unas relaciones laborales no regularizadas*

WOMEN PORTERS AT THE TARAJAL BORDER: THE END OF “ATYPICAL TRADE”,
NON-REGULARIZED LABOR RELATIONS

Alejandro Arnet Rodríguez

Profesor Tutor de Centro Asociado de la UNED en Ceuta
Doctorando

Universidad Nacional de Educación a Distancia
alearnet@ceuta.uned.es  0000-0001-7179-2138

Recibido: 02.12.2023 Aceptado: 05.06.2024

RESUMEN

En el presente trabajo se aborda la situación del colectivo conocido como porteadoras, que llevaban a cabo su actividad diaria transfronteriza culminada en el año 2019. Hablamos de un colectivo singular debido a su especial vulnerabilidad, indefensión y feminización. Todo ello producto de la falta de regulación y de cobertura en el sistema público de la Seguridad Social, así como una relación contractual no enmarcada en el Derecho del Trabajo. Por tanto, definiciones conceptuales en materia de “comercio atípico”, “contrabando”, “porteo transfronterizo”, se abordan en el presente artículo. La determinación de la relación laboral del colectivo de porteadoras es analizada desde una perspectiva dual en una dimensión tanto de iure como de de facto, especialmente en esta última acepción. La visión de determinados informantes claves, conocedores sobre este tipo de actividad atípica finalizada hace casi un lustro han sido plasmadas en el documento que presentamos. Del mismo modo se plantean algunas de las líneas de futuro sobre el previsible modelo económico de Ceuta en un ámbito distinto y distante al malogrado porteo transfronterizo.

ABSTRACT

This paper addresses the situation of the group known as carrier, who carried out their daily cross-border activity that culminated in the year 2019. We are talking about a particularly unique group due to its special vulnerability, defenselessness, feminization and, above all, lack of regulation and consequent coverage in the public Social Security system, as well as a contractual relationship not framed in Labor Law. Therefore, conceptual definitions regarding “atypical trade”, “smuggling”, “cross-border carrier” are

PALABRAS CLAVE

Feminización
Comercio atípico
Porteadoras
Contrabando
Transfronterizo
Ceuta

KEYWORDS

Feminization
Atypical trade
Carriers
Smuggling
Cross-border
Ceuta

* El artículo no ha sido desarrollado al amparo de las actividades de un grupo de investigación.

addressed in this article. The determination of the employment relationship of the group of porters is also analyzed from the perspective of both a de iure and de facto dimension, especially in the latter sense. The vision of certain key informants, knowledgeable about this type of atypical activity culminated almost five years ago; They have also been reflected in the document that we present. In the same way, some of the lines of future regarding the foreseeable economic model of Ceuta are proposed in a different and distant area from the ill-fated cross-border portage.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - A. Aproximación conceptual a la figura de la porteadora
 - B. Metodología empleada en la elaboración del presente artículo
- II. EL ESPACIO TRANSFRONTERIZO DEL PORTEO
 - A. Comercio atípico
 - B. Ámbito transfronterizo de la actividad de porteo
 - C. Contrabando
 - D. Reve cronología del fenómeno del porteo
 - E. El caso especial de la barriada fronteriza benzú
- III. DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DEL COLECTIVO
 - A. Definición de trabajador
 - B. Aproximación conceptual al derecho del trabajo
 - C. Otras acepciones jurídicas que nos distancian del derecho del trabajo en cuanto al porteo de mercancías
- IV. EFECTOS ECONÓMICOS PROVOCADOS POR EL CIERRE FRONTERIZO EN CEUTA
 - A. Medidas tomadas por parte del gobierno marroquí, previas al cierre fronterizo en 2020
 - B. Efectos en la economía ceutí, como efecto del cierre fronterizo en la economía ceutí
 - C. Perspectivas de futuro y alternativas al malogrado “comercio atípico”
- V. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

A. Aproximación conceptual a la figura de la porteadora

La figura de la porteadora se ha encontrado enmarcada principalmente en mujeres marroquíes, residentes en los municipios limítrofes a la frontera hispano-marroquí, desplazándose casi a diario a ambos lados de la frontera (a excepción de viernes a domingo). Estos desplazamientos diarios encontraron su motivación en fines económicos, ejerciendo una actividad “laboral”, aunque ésta no se ajuste a lo que conceptualmente sea considerado como tal; al menos en lo concerniente a una situación regularizada amparada en el Derecho del Trabajo. Este tipo de actividad, al que hacemos alusión, y que podríamos definir más bien como de tipo “pseudolaboral”, se fundamentaba y motivaba en el transporte de mercancías desde el territorio español al marroquí; por la que la porteadora por cuya carga recibía parte del beneficio de

la referida mercancía. Este tipo de acción tan peculiar se erradicó en 2019, novedad que motiva y justifica la presente publicación, así como las referencias a un colectivo tan vulnerable como aquellas mujeres que cargaban sobre sus espaldas aquellos pesados bultos. Hablamos sin duda de las conocidas como “porteadoras” con un componente altísimo en cuanto al grado de feminización a la que estuvo sometida este colectivo tan vulnerable, al estar principalmente conformado por mujeres; de ahí que hablemos exclusivamente de género femenino.

Existen escasas referencias bibliográficas que abordan este fenómeno, así como el colectivo que la ejercía de manera habitual como medio de vida. Por tanto, tenemos que acudir al respecto como punto de referencia el Informe elaborado por parte de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA), cuyo título es “Respeto y dignidad para las mujeres marroquíes que portan mercancías en la frontera de Marruecos y Ceuta¹”. En este informe pionero sobre esta materia, se plasmó el trabajo de campo realizado por esta entidad desde 2011 hasta que culminó este tipo de actividad no regularizada. La inmediata consecuencia a la elaboración y ulterior publicación del referido informe, fue la creación de una red de tejido asociativo transfronterizo, con la intención de visibilizar la situación de las mujeres porteadoras, teniendo como resultado directo la *Declaración de Tetuán de abril de 2012*. A raíz de este manifiesto nos encontramos con el primer documento sobre vulneración de Derechos Humanos de las porteadoras, firmado por más de una treintena de asociaciones marroquíes y españolas².

Por otro lado, y, en el asunto en cuestión, la autora Cristina Fuentes Lara ha elaborado diversos estudios sobre esta materia tan sensible en los momentos en los que el denominado como “comercio atípico” era esencia del tránsito fronterizo ceutí. Con posterioridad, el gobierno marroquí publicó, siete años después de la citada declaración, un informe en el que señaló que 2016 había sido el año con más “violencia fronteriza” y con peores condiciones estructurales en la frontera de Ceuta con Marruecos³.

Situándonos en la génesis del fenómeno del análisis de las porteadoras de Ceuta, debemos remontarnos al año 1995. La creación de la doble valla en las ciudades de Ceuta y Melilla, se erigieron como el laboratorio de la “securitización de Europa”, de tal forma que, a la vez que el Acuerdo *Schengen* eliminó las fronteras internas, se comenzaron a construir vallas en la frontera exterior de Europa⁴. No obstante, el escenario en el que se desarrolló el fenómeno del porteo se enmarcó principalmente en la frontera del Tarajal, siendo el único paso fronterizo habilitado y disponible en la Ciudad, salvo

1. Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA), disponible en: <https://www.apdha.org/media/informe-mujeres-porteadoras-2016.pdf>.

2. Declaración de Tetuán sobre las mujeres porteadoras en las fronteras de Ceuta y Melilla. Conclusiones y recomendaciones para la dignidad de las mujeres que portan mercancías en las fronteras de Ceuta y Melilla, de las Jornadas “Porteadoras y Derechos Humanos en la Frontera de Ceuta”, celebradas en Tetuán los días 21 y 22 de abril de 2012 https://www.apdha.org/media/declaracion_tetuan_porteadoras2012.pdf.

3. Lara, C. F. y Caro, A. R.: “La feminización de la pobreza Las porteadoras son mujeres marroquíes, residentes en los municipios adyacentes a las fronteras hispano-marroquíes, que se desplazan a localidades españolas fronterizas –Ceuta y Melilla– con fines laborales. Las porteadoras”, n. d., pp. 98–124.

4. Fuentes Lara, C.: *La situación de las porteadoras en la frontera sudeuropea: el caso de Ceuta*, Monografía CIS, 2019, p. 316.

la excepción de encomendar la implementación un paso fronterizo *ad hoc* en el año 2017, denominado “Tarajal II”, dedicado en exclusiva al porteo.

B. Metodología empleada en la elaboración del presente artículo

La metodología empleada para llegar a los resultados y conclusiones del presente artículo ha sido esencialmente de carácter cualitativo. Para ello se ha utilizado como principal instrumento de medida la entrevista en profundidad semi-estructurada a informantes clave⁵. En este sentido se ha tenido en cuenta la aportación del testimonio de los siguientes informantes clave:

- El Secretario General de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Ceuta.
- El ex secretario General de UGT y miembro del Consejo Económico y Social de Ceuta hasta su disolución.
- El primer presidente de la Asociación del Polígono del Tarajal.
- Un foto-periodista *freelancer colaborador* en diversos medios de comunicación.
- Una activista de la Asociación Cooperación Alternativa⁶.
- La presidenta de la Asociación Vecinal de la Barriada Benzú⁷.

La técnica de análisis empleada en el testimonio de los distintos informantes ha sido el análisis de discurso⁸. Como complemento a las entrevistas realizadas se ha llevado a efecto una revisión de publicaciones previas, así como otras coetáneas al periodo previo de la suspensión definitiva de este tipo de actividad. De manera complementaria a estas publicaciones científicas a las que hemos hecho mención, se han referenciado otras de contenido audiovisual y/o gráfico localizadas en otros medios tales como páginas web propias de entidades o la misma plataforma *YouTube*⁹.

II. EL ESPACIO TRANSFRONTERIZO DEL PORTEO

A. Comercio atípico

Durante el periodo en el que se mantuvo el porteo a ambos lados de la frontera, por parte de las autoridades españolas se le otorgó el eufemismo de “comercio atípico”. Pero ¿qué aproximación conceptual podríamos determinar al respecto? El elemento esencial en el que se desarrollaba este tipo de actividad era el comercio, aunque las relaciones derivadas del mismo resultan harto complejas en cuanto a

5. Se trata de personas que por sus vivencias, experiencias, erudición o conocimiento establecen una conjunción ideal para aportar una fuente esencial de información.

6. Cooperación Alternativa <https://cooperacionalternativa.org/>.

7. La barriada de Benzú se encuentra situada en plena costa atlántica y junto a la frontera con Marruecos, ubicada en la parte noroccidental de Ceuta. Cerca de esta barriada se encuentra el poblado de Beliones (Marruecos).

8. Esta técnica aporta una descripción de las estructuras y de los puntos estratégicos de los discursos escritos o hablados que permite el análisis de las expresiones, sintaxis, gestos y silencios de las entrevistas en profundidad.

9. YouTube es un sitio web de origen estadounidense dedicado a compartir vídeos.

su análisis, tal y como iremos desgranando a lo largo del presente artículo. A este tenor y desde una perspectiva etimológica, entenderíamos por comerciante¹⁰ lo siguiente: “El comerciante (denominación que emplea el Código de Comercio) o, más propiamente dicho, el empresario mercantil es la persona física o jurídica que se sirve de una empresa para realizar en nombre propio una determinada actividad económica de naturaleza comercial o industrial. El comerciante, en nombre propio y por sí o por medio de otro, ejerce por tanto de forma organizada y profesional, una actividad económica dirigida a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado”.

En una aproximación inicial y, en el escenario en el que se desarrollaba la actividad del porteo, comerciante y comprador eran las dos caras de una misma moneda. De hecho, para entender ciertos conceptos, tendríamos que determinar qué entendemos y a cuándo nos remontamos para definir con precisión la acepción etimológica que nos aproxima a lo conocido como “comercio atípico”. Siguiendo a Antonio Guerra Caballero¹¹ en cuanto al origen de esta actividad no regularizada a la que hacemos referencia con Marruecos se remonta, según sus investigaciones, a comienzos del siglo XV; tal y como plasmaba en un artículo en el diario decano de la ciudad¹². La fuente consultada¹³ por este autor hacía mención a El Vaticano como garante y emisor de la autorización para que los habitantes de Ceuta pudieran comercializar con los marroquíes en la “compra y venta de toda clase de géneros, excepto armas, principalmente víveres y artículos de primera necesidad”. La autorización papal era entonces obligada por el contexto histórico medieval y debido a que las relaciones comerciales entre musulmanes y cristianos se encontraban en aquel periodo histórico, totalmente prohibidas en el III Concilio de Letrán del año 1179, así como en el IV Concilio de 1215. Dicha autorización la concedió el Papa Martín V, mediante la Bula *Super Gregem Dominicum*, estipulada para Ceuta el 3 de julio de 1418. Por tanto, nos encontramos con una regulación primigenia de los inicios de este tipo de comercio que se remonta a más de seis siglos de antigüedad y de manera ininterrumpida desde la reconquista de la ciudad de Ceuta en 1415. Cabe destacar que durante los 165 años en los que Ceuta fue portuguesa, así como durante los 444 años continuados en los que Ceuta es española hasta el momento actual, nunca se interrumpió el tráfico de intercambio de mercancías entre el norte de Marruecos y Ceuta, salvo el caso excepcional del gran asedio promovido por Muley Ismail o sitio de Ceuta¹⁴.

10. Definición establecida por la Enciclopedia Jurídica (tomo 4, p. 2183), elaborada por La Ley, Grupo Wolters Kluwer.

11. Antonio Guerra Caballero, ha sido presidente de los Tribunales Económico-Administrativo de Ceuta y Melilla, profesor tutor de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) en Ceuta y colaborador incesante en el diario *El Faro de Ceuta*, en el que hace exposición de muchas de sus investigaciones.

12. El Faro de Ceuta: *El origen del comercio atípico con Marruecos*, 13 de abril de 2020, <https://elfarodeceuta.es/origen-comercio-atipico-marruecos/>.

13. Archivo Secreto de El Vaticano, volumen 110, folio 178, consta el documento 142, páginas 277 y siguientes, que el 4 de abril de 1418, el rey portugués Juan I escribió al Papa Martín V para establecer un comercio desde Ceuta con los marroquíes.

14. El sitio de Ceuta, también llamado sitio de los treinta y tres años, fue un bloqueo armado de fuerzas marroquíes sobre la ciudad de Ceuta. Comenzó el 23 de octubre de 1694 y se dio por finalizado el 22 de abril de 1727.

B. Ámbito transfronterizo de la actividad de porteo

Situándonos en un momento histórico más contemporáneo, tras el Acuerdo de *Schengen*¹⁵, Ceuta se convertiría en frontera sur de Europa, junto con la ciudad de Melilla; siendo ambos territorios las únicas fronteras exteriores terrestres de la Unión en el continente africano, limítrofe con un país con notables diferencias socioeconómicas como es Marruecos. En este sentido el estatuto firmado por Marruecos con la Unión Europea preveía el reforzamiento de relaciones comerciales próximo a la adhesión, la culminación de una Política Europea de Vecindad y un Plan de Acción entre la Unión Europea y Marruecos, en los que se debían establecer acuerdos de libre comercio, agricultura y servicios. Prácticamente desde su origen como institución, la Unión Europea destinó cuantiosos recursos financieros para Marruecos, apadrinado por España. En el Acta Final del Acuerdo de Adhesión de nuestro país a *Schengen*, en su apartado III, 1 (Declaración relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla) establece lo siguiente: “a) Seguirán aplicándose por parte de España los controles actualmente existentes para mercancías y viajeros procedentes de las ciudades de Ceuta y Melilla previos a su introducción en el territorio aduanero de la Comunidad Económica Europea, de conformidad con lo previsto en el protocolo número 2 del Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas. b) Continuará igualmente aplicándose el régimen específico de exención de visado en materia de pequeño tráfico fronterizo entre Ceuta y Melilla y las provincias marroquíes de Tetuán y Nador”.

Pese a quedar meridianamente claro el estatus fronterizo de sendas ciudades frente a un país tercero como es Marruecos, la postura de este país no resulta ser tan clara al respecto; debido a sus reivindicaciones soberanistas sobre estas ciudades españolas. *A contrario sensu*, para el Director Regional de Aduanas Marroquí para Tánger, Tetuán y Alhucemas, “Ceuta y Melilla no son fronteras”, tal y como esgrimía en febrero de 2020¹⁶: “Ceuta y Melilla –que para Lakhdar “no son fronteras” por tratarse de ciudades que Marruecos no reconoce como españolas– “no son ni han sido nunca pasos comerciales, sino de pasajeros”: en este sentido, deben pasar a ser “como los aeropuertos”, donde los pasajeros entran con bienes para su consumo personal a pequeña escala. Lakhdar dio a entender que la prohibición de lo que los ceutíes y melillenses llaman “comercio atípico” ya no tendrá vuelta atrás, “salvo que vengan a ordenarme que se legaliza el contrabando”(…) “Durante décadas hubo cierta tolerancia, incluso laxismo por nuestra parte” –reconoce–, pero llegó un momento en que los empresarios marroquíes, tanto fabricantes como importadores, se quejaron de la competencia desleal que suponían los productos llegados de Ceuta y Melilla, “cuyo

15. Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991 (BOE núm. 81, de 5 de abril de 1984). <https://www.boe.es/boe/dias/1994/04/05/pdfs/A10390-10422.pdf>.

16. La Vanguardia: *Marruecos quiere hacer de Ceuta y Melilla fronteras iguales a los aeropuertos*, 21 de febrero de 2020. <https://www.lavanguardia.com/politica/20200221/473680698326/marruecos-quiere-hacer-de-ceuta-y-melilla-fronteras-iguales-a-los-aeropuertos.html>.

único valor añadido era que entraban sin pagar las tasas que los demás sí pagaban”. (...) Ceuta y Melilla no tienen producción o industria local y todo les llega de fuera; pero además, el 80 % de lo que llega a esas ciudades tiene como destino final Marruecos, representando un volumen anual de negocios de entre 15000 millones y 20000 millones de dirhams, equivalentes a 1500-2000 millones de euros”.

Como podemos comprobar, nos encontramos con una visión contrapuesta por parte del país vecino, pese a que el Derecho Internacional Público, así como el Derecho Comunitario avalan los límites territoriales de nuestro país en las dos ciudades norteafricanas. A este tenor, debemos recordar que existen más de 21 tratados que, de manera directa o transversal, reconocen explícitamente la frontera existente entre Ceuta y el Reino de Marruecos. El primero de ellos, que merece especial mención, es el Tratado de 28 de mayo de 1767, firmado en Marraquech¹⁷. Aunque el más relevante, sin duda es el Tratado de 26 de abril de 1860¹⁸, con fijación de los límites de los territorios de soberanía de Ceuta y Melilla¹⁹; posteriormente ejecutados por las Comisiones Mixtas de Demarcación. Fue precisamente por mediación de este tratado cuando se estableció la ampliación de los límites del campo de Ceuta, que coincide con la demarcación territorial actual. En cuanto a la posibilidad de establecer la tan esperada aduana comercial entre Ceuta y el Reino de Marruecos, tenemos que remontarnos como referente al Acuerdo de 16 de noviembre de 1910 para proponer término a las dificultades suscitadas en las regiones limítrofes de las plazas españolas, así como para facilitar y asegurar el cumplimiento de los Tratados en lo que se refiere al orden, sosiego y desenvolvimiento del tráfico mercantil en dichas comarcas, hecho en Madrid²⁰. En este acuerdo se restableció la Aduana Comercial de nuevo con Melilla²¹. Sin embargo, contenía disposiciones referentes a Ceuta, estableciendo la posibilidad de instalar una aduana en Ceuta, a tenor de lo previsto en el artículo 103 del Acta de Algeciras²².

Ubicándonos de nuevo en una cronología más cercana, nos tenemos que situar en otro contexto bien diferenciado, pues a raíz de nuestra adhesión a la Comunidad Europea, se aprobó un acuerdo bilateral de especial relevancia como es el Tratado de Amistad de 4 de julio de 1991 de buena vecindad y cooperación entre el Reino de Marruecos hecho en Rabat²³. Como no podría ser de otra manera, ambas partes

17. Se trata de un tratado de paz y de comercio entre España y Marruecos, celebrado entre Carlos III y el emperador de Marruecos Sidi Mohamed Ben-Abdalá. Reconoce los límites fijados desde antiguo por sus Majestades Imperiales, no accede a la pretensión de ampliación y dispone la renovación de los elementos demarcatorios empleando pirámides de piedra. Se confía esta función al gobernador de Tetuán. A tenor del artículo 5 se establece una libertad de tránsito fronterizo con fines comerciales para los naturales de ambos países.

18. Gaceta de Madrid: Tratado de 26 de abril de 1860, con fijación de los límites de los territorios de soberanía de Ceuta y Melilla, 5 de junio de 1860, núm. 157, <https://www.boe.es/gazeta/dias/1860/06/05/pdfs/GMD-1860-157.pdf>.

19. Se trata de un Tratado de paz y amistad entre Isabel II y Sidi-Mohamed en Tetuán. Fue ratificado el 11 de mayo validando al mismo tiempo las estipulaciones del convenio anterior. Constituye el texto básico para la determinación de los límites actuales de Ceuta. Consta de dieciséis artículos y uno secreto. Sus disposiciones guardan semejanza con las homólogas en el Convenio de 1859.

20. Gaceta de Madrid, 14 de enero de 1911.

21. El Origen de la Aduana comercial de Melilla se remonta al Tratado hispano-marroquí de Fez de 1866.

22. Acta General de la Conferencia Internacional de Algeciras: 7 de abril de 1906.

23. BOE núm. 49, de 26 de febrero de 1993, [https://www.boe.es/eli/es/ai/1991/07/04/\(1\)/dof/spa/pdf](https://www.boe.es/eli/es/ai/1991/07/04/(1)/dof/spa/pdf).

que conforman sendos lados de la frontera hispano-marroquí están llamadas a ser un elemento de entendimiento más que de separación, por lo que están condenadas a entenderse²⁴. En una eventual y aconsejable negociación de un acuerdo fronterizo se deben incluir al menos las cuestiones y asuntos siguientes: los límites marítimos, el estatuto de las zonas neutrales, la cooperación transfronteriza en materia de servicios, la cooperación aduanera, y la lucha contra el tráfico de drogas²⁵. Haciendo alusión al referido Tratado de Amistad de 4 de julio de 1991, en su artículo 1 establece la siguiente estipulación: “Las Altas Partes Contratantes, deseosas de reforzar y potenciar los lazos que las unen, se proponen establecer un marco de contactos políticos bilaterales más acorde con el nivel de cooperación y concertación al que aspiran. A tal efecto, acuerdan institucionalizar lo siguiente: 1. Reunión anual de Alto Nivel entre los Jefes de Gobierno de ambos países, en España y en Marruecos, alternativamente. Se celebrarán encuentros entre los Ministros y Secretarios de Estado al objeto de preparar adecuadamente la citada Reunión (...)”.

Hasta la fecha se han celebrado un total de 12 Reuniones de Alto Nivel (RAN), en los 32 años de vigencia del tratado. La última de las RAN²⁶ celebradas tuvo lugar durante los días 1 y 2 de febrero de 2023. De los acuerdos adoptados, destacamos el número 42, cuya redacción es la siguiente: “Las dos partes reiteran su compromiso con la plena normalización de la circulación de personas y mercancías de manera ordenada, incluyendo los dispositivos adecuados de control aduanero y de personas a nivel terrestre y marítimo. Las partes tienen en cuenta las conclusiones de la prueba piloto del 27 de enero y continuarán esta serie de pruebas según el calendario acordado para superar cualquier posible eventualidad”.

Pese a los tratados y acuerdos precedentes, de los que se han mencionado los más significativos, Marruecos estaría obligado a la puesta en marcha de una Aduana comercial, no sólo por los vínculos que marcan los tratados bilaterales, sino también en virtud del artículo 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969²⁷, que establece los principios de primacía del cumplimiento del texto acordado y de la buena fe entre las partes contratantes, que también se recoge en la regla general *pacta sunt servanda*. De haberse llevado a efecto la puesta en funcionamiento de la tan esperada Aduana Comercial, se habrían generado derechos arancelarios para el país magrebí, superando con ello cualquier referencia a las cuestiones relativas al denominado “comercio atípico” o “contrabando”, según la denominación aportada por ambas partes de manera contrapuesta. No obstante, el país vecino de manera unilateral cerró el 1 de agosto de 2019 su aduana de Melilla. En una clara estrategia, a juicio de algunos tratadistas, de una

24. El País: “Condenados a entenderse”, 9 de noviembre de 1979, https://elpais.com/diario/1979/11/09/opinion/310950009_850215.html.

25. Ramón Remacha, J.: “Las fronteras de Ceuta y Melilla”, n.d. In HeinOnline. Retrieved April 17, 2020, from https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/aedi10§ion=10.

26. XII Reunión de Alto Nivel Marruecos-España 1-2 de febrero de 2023, Declaración Conjunta <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2023/020223-Declaracion-Espana-Marruecos.pdf>.

27. Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf.

clara intencionalidad en provocar la asfixia económica de las Ciudades Autónomas por parte de Marruecos²⁸.

C. Contrabando

La primera cuestión que debemos plantearnos en este género de actuación en cuanto al referido porteo y consecuente actividad “atípica” de porteo de mercancías, es la denominación conceptual que podemos atribuirle, en otra acepción bien distinta al tan manido y denominado “comercio atípico” al que hemos hecho referencia. A tal efecto, las autoridades marroquíes han denominado el porteo, de manera explícita, como meras “actuaciones de contrabando”, aunque permitiéndose de manera deliberada y *sine die*, debido a las constantes “mordidas” de ciertos funcionarios desplegados en el puesto fronterizo. Dando respuesta a esta denominación establecida por el país vecino, podemos entender por contrabando²⁹: “Aquella cosa hecha contra un bando o pregón (esta es una de las acepciones del término recogidas por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española). Desde el punto de vista del Derecho Penal, dentro del contrabando se agrupan una serie de infracciones penales que tienen en común la vulneración del control realizado por las autoridades aduaneras”.

A juicio de White³⁰, el contrabando de mercancías y de personas a través de la frontera ha sido un componente vital de la economía de la zona septentrional de Marruecos. Desde el ordenamiento jurídico marroquí, el cruce fronterizo de las porteadoras cargadas de mercancías no se consideraba *a priori* ilegal debido a que existía una regulación al respecto. Hablamos del *Dahir*³¹ portant loi n° 1-77-339 du 25 chaoual 1397 (9 octobre 1977) approuvant le code des douanes ainsi que des impôts indirects relevant de l'administration des douanes et impôts indirects³²; regulando la entrada de bienes a Marruecos de esta forma concreta. El resultado fue que se primaron los intereses mercantilistas por encima del respeto a los derechos humanos, retornando al territorio marroquí a diario estas porteadoras, con todo lo que pudieran llevar sobre su cuerpo, sin limitación de peso ni cantidad y todo ello en concepto de “equipaje de mano”; al que resultaba difícil de creer. De este modo se legitimó, durante todo el extenso tiempo que duró el porteo, el hecho de que miles de mujeres cargasen con fardos a sus espaldas de 60 a 90 kilos en cumplimiento de una norma que lo permitía y sin incumplir con la “legalidad vigente marroquí” sobre el consumo personal.

28. El Confidencial: *De cómo Marruecos asfixia a Ceuta y Melilla y el gobierno las deja morir*, 21 de enero de 2021, https://blogs.elconfidencial.com/mundo/la-historia-no-acaba-aqui/2021-01-20/marruecos-asfixia-ceuta-melilla_2913992/.

29. Definición establecida por la Enciclopedia Jurídica (tomo 5, pp. 2889-2890), elaborada por La Ley, Grupo Wolters Kluwer.

30. White, G.: “La migración laboral marroquí y los territorios españoles de Ceuta y Melilla”, *Revista Internacional de Sociología (RIS)*, tercera época, núm. 36, 2003, pp. 135-168.

31. Se conoce como *Dahir* a los Decretos emitidos por el Rey de Marruecos.

32. *Dahir* que establece la Ley núm. 1-77-339 de 25 chaoual 1397 (9 de octubre de 1977) que aprueba el Código Aduanero así como los impuestos indirectos bajo la administración de aduanas e impuestos indirectos.

Lógicamente ese “equipaje de mano” no dejaba de ser más que una pura falacia, al camuflar una realidad, para encubrir una explotación ejercida sobre estas mujeres.

En cuanto al flujo de porteo, según datos de la Cámara de Comercio marroquí en Casablanca, unas 400000 marroquíes vivían de ese comercio transfronterizo entre Ceuta y Marruecos que, según recientes manifestaciones de su Director Regional de Aduanas para Tánger, Tetuán y Alhucemas, generaba unos 40000 empleos directos en Marruecos. De ellos mayoritariamente de mujeres porteadoras, siendo éstas entre 12000 y 15000 las que cruzaban a diario varias veces la frontera de Ceuta y entre 3000 y 5000 por Melilla³³. Asimismo, la Cámara de Comercio Americana de Casablanca calculó a principios de la década pasada que unas 400000 personas vivían directa o indirectamente de ese tráfico ilegal tolerado con destino final a Marruecos, representando un volumen anual de negocios de entre 1500-2000 millones de euros³⁴.

En un reciente informe del parlamento marroquí, elaborado tras la visita de varios diputados del país a la frontera norte, la cámara señala “la humillación”, “los malos tratos y violencia verbal” que las mujeres porteadoras habían denunciado por parte de los agentes marroquíes³⁵. En este sentido Antonio Sempere³⁶, en su labor profesional directa con el colectivo de mujeres porteadoras durante tres años, describía la siguiente realidad, desde el lado marroquí de la frontera: “Yo he visto de todo: que les han quitado la carga, que les han apuñalado la carga, les han agredido físicamente... Lógicamente no se podía sacar una cámara, aunque mi percepción sobre estas mujeres es que allí (en Marruecos) no eran nada, eran animales de carga, eran mulas. En cuanto a abusos, ahí le pegaban a todo el mundo, he visto darles “hostias” con la mano, patadas tiradas en el suelo, quitarles la carga. En cuanto a las “mordidas”, argumentaban estas mujeres que era cuestión de los “amos”. Cada grupo de porteadoras tenía su “amo”. A partir de 2015, fueron rotando los funcionarios de aduanas marroquíes. Para evitar abusos de índole sexual, se determinó como regla que las mujeres y hombres no coincidieran en el porteo, por lo que tenían distintos días asignados. Uno de los hechos principales de que fueran mayoritariamente las porteadoras era por el hecho de ser un trabajo muy mal visto y denigrante en Marruecos, al taparse con velos quedaba oculta su identidad. Muchas de las porteadoras pasaban dos o tres veces e incluso pasaban de todo, había bultos que pesaban más que las propias mujeres y estaban literalmente dobladas. Cuando terminó el porteo, se notó el efecto económico en Castillejos, y sobre todo con la pandemia. Es curioso cómo la mayoría de la gente que se echa al mar son hombres, no mujeres; éstos no quieren saber nada de la familia una vez cruzan”.

33. El País: *Las Mujeres porteadoras en la Ciudad de Melilla*, 5 de febrero de 2018, https://elpais.com/elpais/2018/02/02/seres_urbanos/1517564563_111545.html.

34. El Mundo: *Marruecos construye una gran zona comercial frente a Ceuta para atraer a grandes empresas como Ikea*, 24 de diciembre de 2021. <https://www.elmundo.es/espana/2021/12/24/61c5f84cfc6c83885c8b45cc.html>.

35. El Diario.es: *Trabajo y Acoso: de la feminización del trabajo al acoso sexual* <https://especiales.eldiario.es/porteadoras/trabajo-acoso.html>.

36. Antonio Sempere Gálvez, es foto-periodista *freelancer*, colaborador de los siguientes diarios: *El Mundo*, *Welt* y *El Periódico de Ceuta*, así como en las agencias Europa Press, Agence France-Presse o Associated Press. Entrevista del autor 18 de mayo de 2023.

Otro de los testimonios a tener en cuenta es el de Maite López³⁷, quien en su experiencia como activista y autora del documental *Porteadoras*³⁸ reflejaba de forma patente la profunda precariedad del colectivo. En este sentido y fruto de su experiencia directa con estas mujeres, así como el testimonio de las mismas plasmado en el documental, resumía su percepción en la siguiente afirmación: “Estas mujeres han sido las que soportaban el peso económico del hogar. Se veían obligadas a realizar este tipo de trabajo tan precario, pues eran la única fuente de ingresos de estas familias.”

Finalmente, a pesar de los hechos descritos, existe todo un entramado de argumentaciones contrapuestas por parte de las autoridades marroquíes y españolas. Se ha de señalar que el Código Penal marroquí³⁹ considera punible en su artículo 287, lo equiparable a delito de contrabando en nuestro ordenamiento jurídico, que viene a decir lo siguiente, traducido al castellano: “Cualquier infracción de las normas relativas a los productos destinados a la exportación y cuyo objeto sea garantizar su buena calidad, su naturaleza y sus dimensiones, se sanciona con una multa de 200 a 5000 *dirhams* y la confiscación de bienes”.

No obstante y, pese a encontrarse tipificada esta actividad en el ordenamiento jurídico marroquí, se ha permitido a lo largo de todos los años que duró la actividad del porteo hasta su clausura final.

D. Breve cronología del fenómeno del porteo

En la ciudad de Ceuta, tras la caída progresiva de la actividad comercial vinculada al bazar en los años noventa del siglo pasado, se van situando en el Polígono del Tarajal los principales negocios orientados a la compraventa de productos a ciudadanos marroquíes. En este sentido, desde una visión interna y retrospectiva Doulat Ghanshandas⁴⁰ argumentaba lo siguiente: “Las mercancías que se compraban eran consideradas por los empresarios como de uso personal. Otra cuestión diferente era el tratamiento que le daba a la mercancía las autoridades marroquíes. Precisamente, debido a restricciones puntuales apareció el fenómeno conocido como “voleibol⁴¹”. La imagen que se daba era tercermundista, para las autoridades españolas era considerado “comercio atípico”, pero para las marroquíes “contrabando”. Era lo habitual que en un día pasaran la frontera unas 3000 personas (cruzando dos o tres veces al

37. María Teresa López Vázquez es educadora social y antropóloga. Empleada pública desde hace más de 20 años en el Área de Menores, activista en la *Asociación Cooperación Alternativa*, así como autora del documental *Porteadoras*. Entrevista del autor de 23 de mayo de 2023.

38. El documental *Porteadoras* nació como respuesta al fallecimiento de Busra (porteadora que murió por aplastamiento en una de las avalanchas del porteo): <https://www.youtube.com/watch?v=Q6DaKLd599U>.

39. *Dahir* nº 1-59-413 du 28 *Joumada II* 1382 (26 noviembre 1962) *Portant approbation du texte du Code Penal, Bulletin Officiel* nº 2640 bis du mercredi 5 juin 1963, p. 843.

40. Doulat Ghanshandas Choitharamani. Administrador de una de las primeras empresas establecidas en el Polígono “El Tarajal” (Nurishi Int´L S.A.), fue el primer presidente de la Asociación Polígono del Tarajal. Entrevista del autor de 15 de marzo de 2023

41. Nada que ver con el deporte conocido. Consistía en lanzar la mercancía de un lado a otro del perímetro fronterizo, evitando el control de las autoridades marroquíes.

día). Algunas dormían la noche antes, cuando existía un horario de pase en Ceuta. Había un gran volumen de negocio de empresarios marroquíes. Pese a ser los primeros (nuestra empresa) en instalarnos en el Tarajal, fuimos los primeros en irnos. Con respecto al puente del Biutz, consideré desde un primer momento, que iba a acarrear muchos problemas. La imagen general del porteo era nefasta, el ingenio no tenía límites: pasaban incluso lavadoras y neveras por el mar (al quitarle los motores flotaban), completando el pase del mecanismo por otra vía. Otro tipo de porteo singular, que escapaba igualmente al control de las autoridades era el de las conocidas “vespas⁴²” (aunque regentadas por hombres), ahorrando mucho sufrimiento de no llevar peso a las espaldas. El polígono del Tarajal podría tener en un futuro, siempre y cuando se implantara la aduana comercial y se restituya el régimen de viajeros, la implantación de una pequeña industria de productos electrónicos, al no necesitar ésta mucho espacio”.

Para controlar las aglomeraciones en Ceuta, la entrada se hizo por la frontera oficial del Tarajal y la salida se solía hacer por el puente del Biutz conocido como “la jaula” o “el túnel”, que se inauguró en 2005 para canalizar el paso de mercancías desde el polígono del Tarajal hasta Marruecos y garantizando el regreso de las porteadoras al país vecino.

En 2008, falleció la primera porteadora cuando trabajaba en este ámbito, aunque este caso fue registrado en Melilla. En otra ocasión, en una avalancha dentro del polígono del Tarajal, un grupo de porteadoras se cayeron por las escaleras y murieron aplastadas por los golpes y la asfixia provocada por la caída. No sería hasta la Declaración de Tetuán, en abril de 2012, cuando se tomara conciencia del drama humano que suponía este tipo de actividad.

En 2016, tras el *agravamiento de las condiciones de las portadoras*, se celebró en abril la *Declaración de Martil*, en el que la APDHA se responsabilizaba en publicar un informe donde se reflejara la situación de las mujeres porteadoras e iniciar una campaña de incidencia política. Justo en ese mismo año se presentó el Informe “Respeto y Dignidad a las mujeres marroquíes que cargan mercancías en la frontera de Marruecos con Ceuta”⁴³, iniciándose la campaña “Porteadoras, la justicia a la espalda”.

El 27 de febrero de 2017⁴⁴ se puso en funcionamiento el polígono comercial “Tarajal II”, que se construyó con el propósito de cerrar el paso de Biutz y mejorar la situación cotidiana de esta Frontera⁴⁵. La apertura del mencionado “Tarajal II”, supuso la institucionalización del circuito de las porteadoras. En un principio se limitó a 4000 personas al día las que estaban autorizadas a portar mercancías. Apenas unos meses

42. Conocidas coloquialmente como “Vespas”, eran las Piaggio Porter, vehículos de carga de cuatro ruedas.

43. Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía: “Respeto y Dignidad a las mujeres marroquíes que cargan mercancías en la frontera de Marruecos con Ceuta”, 2016, disponible en <https://www.apdha.org/media/informe-mujeres-porteadoras-2016.pdf>.

44. El Faro de Ceuta: *Más de 100 agentes se desplegarán hoy en la inauguración del paso del Tarajal II*, 27 de julio de 2017. <https://elfarodeceuta.es/mas-100-agentes-se-desplegaran-hoy-la-inauguracion-del-paso-del-tarajal-ii/>.

45. Informe “La Frontera Sur, Accesos terrestres”, Centre per la Defensa Dels Drets Humans, Informe abril (p. 61), 2017, disponible en: <https://static1.ara.cat/ara/public/content/file/original/2017/0419/19/informe-sobre-la-legalitat-a-la-frontera-sud-a81029d.pdf>.

posteriores a la inauguración de este nuevo paso fallecería una mujer en abril⁴⁶ y dos mujeres⁴⁷ en agosto, como consecuencia de otra avalancha.

A principios de 2018 se limitó el tránsito de personas al porteo en un 50 %, dando como resultado que sólo 2000 personas estarían autorizadas a llevar a efecto esta actividad. Del mismo modo se comenzaron a limitar los días de porteo, dedicándose exclusivamente los lunes y miércoles de cada semana para las porteadoras, lo cual suponía una reducción de días de un 50 %, destinándose los martes y jueves al porteo masculino. Esta medida provocó una mayor “competencia” entre porteadoras y porteadores.

En abril de 2018 la situación cambió, entre otras cosas por a la presión generada por el movimiento asociativo y el efecto de réplica que tuvo en los medios de comunicación, al visibilizarse las condiciones en las que las porteadoras desempeñaban su labor y el impacto negativo que eso generaba a la ciudad, los comerciantes del polígono de El Tarajal decidieron que las porteadoras sacaran la mercancía en carros con ruedas.

Durante febrero de 2019, el Reino de Marruecos publicó un informe producto de una Comisión Transfronteriza donde se reconocían, por fin, las vulneraciones que estaban sucediendo en relación con las mujeres porteadoras. Debemos destacar que el informe ahondaba principalmente en el daño a la economía marroquí, al no pagar aranceles por los productos introducidos en su territorio. Del mismo modo, y de forma novedosa, se reconocía la violencia policial sufrida por este colectivo por parte de la Gendarmería marroquí.

La última tragedia vivida la encontramos en septiembre de 2019⁴⁸, cuando una porteadora de 48 años murió al caerse por un acantilado cuando estaba esperando en la zona marroquí. Un mes más tarde se cerraría el paso fronterizo vinculado al polígono “Tarajal II”. La pandemia se ocuparía del resto. Desde el 14 de marzo de 2020, con motivo de la pandemia provocada por el COVID.19, el Reino de Marruecos cerró unilateralmente las fronteras terrestres hispano-marroquíes.

La decisión unilateral marroquí de interrumpir la llegada de mercancías desde Ceuta, el 9 de octubre de 2019, así como la consecuente interrupción del porteo y la llegada de la pandemia de COVID-19 en marzo de 2020 que provocó el cierre total de la frontera marroquí, hicieron desaparecer este fenómeno del porteo⁴⁹. En 2021 se publicó un estudio elaborado por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía⁵⁰ estableciendo la siguiente clasificación en periodo previo a la pandemia, teniendo como consecuencia directa la clausura del comercio atípico y consecuente cierre fronterizo.

46. El País: *Muere una porteadora en una avalancha en la frontera con Ceuta*, 24 de abril de 2017, https://elpais.com/politica/2017/04/24/actualidad/1493047341_855887.html.

47. El Mundo: *Dos porteadoras marroquíes mueren en una avalancha en la frontera con Ceuta*, 28 de agosto de 2017, <https://www.elmundo.es/sociedad/2017/08/28/59a40eeca4741a9618b4607.html>.

48. El Faro de Ceuta: *Muere una portadora en Marruecos cuando esperaba el turno para entrar a Ceuta*, 18 de septiembre de 2019, <https://elfarodeceuta.es/muere-porteadora-marruecos-esperaba-turno/>.

49. Gabrielli, L.: “Mujeres porteadoras en Ceuta: la frontera como recurso, estigma y jaula”. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 129, 2021, pp. 227-237, disponible en <https://doi.org/10.24241/rcai.2021.129.3.233>.

50. Fuentes Lara. C. y Rosado Caro A. M.: “Porteadoras, la feminización de la pobreza en la frontera sur”, Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, 2021, disponible en <https://www.apdha.org/wp-content/uploads/2021/03/Porteadoras-feminizacion-pobreza-2021.pdf>.

Tabla 1.
 Cambios 2016 a 2021

	2016	2018	2021
Paso habilitado para el trabajo de las Porteadoras en Ceuta	Paso del Bouitz	Desde 2017 el Paso de Tarajal II	Desde octubre de 2019 ningún paso abierto para el porteo
Modo de transporte	A la espalda fardos de 60 a 90 kgs	Carros de Ruedas, en fardos de 90 a 110 kgs	No hay trabajo para las porteadoras
Limitación de días de trabajo de las mujeres porteadoras en Ceuta	De lunes a jueves	Lunes y miércoles	No hay trabajo para las porteadoras
Limitación del número de personas por día en Ceuta	Sin limitación	2017 a 4000 personas por día; en 2018 se redujo a 2000 personas diarias	No hay trabajo para las porteadoras
Aduana comercial en Melilla	Habilitada la aduana comercial	Habilitada la Aduana Comercial	Desde 2019 no habilitada

Fuente: Cristina Fuentes Lara y Ana M. Rosado Caro

A criterio de Antonio Gil⁵¹, desde su visión como sindicalista y miembro del Consejo Económico y Social de Ceuta, calificó al comercio atípico como una “vergüenza nacional” e incluso dedicó un artículo al respecto en un medio local⁵². En este sentido apostillaba lo siguiente: “De ninguna manera se podía justificar este tipo de comercio, con condiciones de trabajo inhumanas. Por otro lado, en cuanto al tipo de beneficio económico...mantener un tipo de comercio inhumano no justificó ningún beneficio. Yo estuve en el Consejo Económico y Social hasta el final e hice este mismo planteamiento⁵³. Los culpables de que el comercio atípico Ceuta proliferara fueron tanto de España como de Marruecos. Marruecos, a raíz del programa de liberalización de aranceles y sus zonas francas, tenía claro que, de ninguna de las maneras, con el comercio atípico perdía en Derechos Humanos y en exportación en euros. Eliminar de un plumazo el comercio atípico le quitaba un problema, pensando en potenciar las importaciones a través de Tanger Med”.

E. El caso especial de la barriada fronteriza Benzú

La barriada de Benzú, es la que se encuentra situada de manera más próxima, al perímetro fronterizo⁵⁴, con un paso sin actividad desde el 2 de octubre de 2002, cuando

51. Antonio Gil Mellado, ha sido secretario general de UGT durante dos décadas y miembro del Consejo Económico y Social de Ceuta. En este organismo fue presidente de la Comisión Económica, Empleo y Fiscalidad, así como presidente de elaboración de la memoria). Entrevista del autor, Ceuta, 13 de abril de 2023.

52. El Pueblo de Ceuta: *Trabajo Inhumano*, 9 de octubre de 2019, <https://elpueblodeceuta.es/art/41850/trabajo-inhumano>.

53. Vid. *Memoria Económica del Consejo Económico y Social (CES) de 2011*. <https://www.ceuta.es/ceuta/images/documentos/Institucional/Memorias/Memoria2011.pdf>.

54. No debemos confundirlo con el paso fronterizo de El Tarajal. Se trata de un paso fronterizo muy singular, de muy poco flujo de personas, sólo autorizadas las del lado marroquí, hacia territorio español.

la Delegación del Gobierno ordenó el cierre definitivo. El vecindario de esta barriada ceutí sigue echando de menos aquellos años de “ajetreo” y donde existía una plena libertad de movimiento hacia Marruecos, tal y como reflejaba el diario local decano durante el año 2022⁵⁵: “Ahmed, de 82 años vive en Benzú desde 1953: “Entonces todo era mejor, el que necesitaba al lado del otro lado iba y ya está; la barriada estaba mejor porque entrábamos y salíamos todos los días y esa gente de ahí arriba”, mira desde la playa que linda con el espigón a la vecina localidad del otro lado de la valla, “lo mismo”. “Desde que se cerró Benzú se ha quedado desierta”, lamenta el anciano, que achaca a los políticos el cierre del paso.”

De esta manera, desde la perspectiva vital de algunos vecinos exponían la facilidad del tránsito de un lado a otro del paso fronterizo en el periodo previo a su cierre definitivo. No obstante debemos destacar el hecho de la existencia de continuos incidentes en las inmediaciones del paso contra los agentes de la Guardia Civil, tal y como redactaba Mohamed (trabajador de la empresa del agua), en estos términos: “Fueron incidentes con los “Camalos”⁵⁶ que sacaban la mercancía: empezaron a tirar piedras a los guardias, no respetaban a nadie... Como después pasó en la frontera del Tarajal, aquí igual hasta que cerraron la puerta y la barriada se quedó un poco de tierra de nadie, lejos del centro y sin los vecinos de toda la vida, de donde viene el agua...”.

En entrevista mantenida con la Presidenta de la Asociación Vecinal de la barriada Benzú Rahma Er Ryfy⁵⁷, la realidad que mostraba de la barriada, siguiendo un argumento similar, era la siguiente: “El tránsito en el paso de Benzú, previo a su cierre era una como una simbiosis. El porteo que se hacía no era tan brutal como el del Tarajal. Comenzaron pasando hacia Beliones⁵⁸ (Marruecos) telas, luego mantas y con posterioridad alimentos. De Beliones acudían personas a traer productos en un pequeño zoco improvisado, donde vendían fruta, verdura y pescado. El flujo de porteo de Benzú a Beliones no se aplicaba con la misma intensidad que en el Tarajal. Hay que destacar que, al final hubo trifulcas y pedradas a los agentes de la guardia civil, lo que provocó el cierre del paso. Cuando cerraron el paso, se notó mucho en la barriada, incluso en el autobús, al bajar el volumen de viajeros e incluso en las compras en la farmacia de la barriada. Los vecinos de Benzú ya no pudieron pasar a ver a sus familiares. En resumidas cuentas, analizando el modelo de porteo que se hacía en Benzú era más humano y menos agresivo, que el que se llevaba a efecto en el Tarajal. Un dato significativo: Había mujeres que se veían obligadas a hacer sus necesidades en el mismo Tarajal, para no perder la vez; algo que en Benzú esto hubiera sido inconcebible”.

55. El Faro de Ceuta: *Benzú añora su paso fronterizo, cerrado hace 20 años*, 13 de agosto de 2022, <https://elfarodeceuta.es/benzu-anora-paso-fronterizo-cerrado/>.

56. Forma coloquial como se denomina al mozo porteador, en la zona norte de Marruecos y en Ceuta.

57. Rahma Er Ryfy Mokhlis es la actual presidenta de la Asociación Vecinal de la barriada Benzú y es Técnico Superior en Promoción de Igualdad de Género. Entrevista del autor, Ceuta, 7 de junio de 2023.

58. Beliones o *Bullones* es una población costera de unos 2000 habitantes, y municipio rural en el Estrecho de Gibraltar, junto a la frontera de Ceuta. Cuenta con cerca de 5500 habitantes. Beliones se sitúa a las faldas del monte de la Mujer Muerta, o de *Jebel Musa*, en la costa mediterránea, en la bahía de Benzú. Está delimitada por la punta de Benzú al este, en Ceuta y la punta Leona al oeste.

En conclusión, refiriéndonos a ambos pasos fronterizos, la crudeza y deshumanización del porteo no tuvo su réplica en Benzú, siendo ésta una barriada mucho más familiar, como esgrimía la presidenta del movimiento vecinal de esta zona significativa de la ciudad de Ceuta.

III. DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DEL COLECTIVO

A. Definición de trabajador

Debemos acogernos a cuatro notas en cuanto a la definición legal de trabajador⁵⁹: voluntariedad, retribución, dependencia y ajenidad. Todas estas notas definen legalmente la condición de trabajador, o, con mayor precisión, la inclusión en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores⁶⁰ (en adelante, ET), detallándose a continuación:

1. Voluntariedad: Se aplica el ET a prestaciones de servicios efectuadas “libremente”. Por tanto, el primer presupuesto o nota de la condición de trabajador es, así, la libertad. La voluntariedad se opone al trabajo jurídicamente forzoso propio de la esclavitud o de la servidumbre. Precisamente por su proximidad a las situaciones de servidumbre, el artículo 1583 del Código Civil estableció que “el arrendamiento hecho por toda la vida es nulo”.
2. Retribución: Se aplica el ET únicamente a prestaciones de servicios “retribuidos”. La necesidad de que la prestación de servicios sea retribuida explica la exclusión del ET de los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad, toda vez que su causa no radica en la obtención de una contraprestación económica.
3. Dependencia: Se aplica el ET únicamente a prestaciones de servicios realizadas “dentro del ámbito de organización y dirección” del empleador. El tercer presupuesto o nota de la condición de trabajador es la dependencia.
4. Ajenidad: Se aplica el ET únicamente a prestaciones de servicios realizadas “por cuenta ajena”. El cuarto y último presupuesto o nota de la condición de trabajador es, así, la ajenidad (art. 1.1. ET). No es obviamente trabajador por cuenta ajena, el trabajador autónomo “por cuenta propia” [art. 1.1. de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA)⁶¹.]

La voluntariedad, expresión de la libertad, constituye el rasgo inexcusable de todo trabajo en el seno de una sociedad moderna basada en un Estado de Derecho. Al referirnos a ciudadanos libres, en una sociedad contemporánea como la nuestra, esa condición ha de extenderse a todas las facetas, incluidas las relativas al ámbito de lo

59. García-Perrote Escartín, I.: *Manual de Derecho del Trabajo (12ª edición)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 154-159.

60. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015), <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11430-consolidado.pdf>.

61. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007, <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-13409-consolidado.pdf>.

profesional. Hoy en día resultaría inconcebible pensar en formas de trabajos forzados, por lo que se trata de un elemento que nos sirve más bien para marcar fronteras históricas con formas precapitalistas de organización de la actividad económica. Por contra, las exclusiones al ámbito de aplicación del ET serían los siguientes:

1. Trabajos amistosos, benévolos y de buena vecindad. Estos trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad, lógicamente no dan lugar a la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social [art. 137.a) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁶²].
2. Trabajos familiares: Salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo [art. 1.3.e) ET]. Precisa la aplicación del artículo 1.3.e) ET que “se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso por adopción”.
3. Intermediarios mercantiles independientes o que asumen el riesgo: Está excluida del ámbito de aplicación del ET “la actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación asumiendo el riesgo y ventura de la misma” [art. 1.3.f) ET].
4. Transportista autorizados con vehículo propio: Está excluida del ámbito de aplicación del ET “ la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializado [art. 1.3.g) párrafo segundo ET].
5. Trabajador autónomo: Por lo general, el trabajo realizado por cuenta propia “no está sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente” (disposición adicional primera ET y artículo 3.3. LETA)-.

Además de las notas reseñadas, podríamos complementar la visión que tienen otros autores como Fernández Marcos⁶³sobre este aspecto: “el trabajador es toda persona que desarrolla un esfuerzo o actividad con un fin productivo o económico”. Del mismo modo, debemos considerar la gran significación histórica en este campo de estudio, pues la relación “trabajo/conflicto social o de clase”, el trabajo “siempre estará sometido al capital⁶⁴”. El término “trabajo” tiene varios sentidos o acepciones que, aunque no coincidan

62. BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015, <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11724-consolidado.pdf>.

63. Fernández Marcos, L.: *Derecho del Trabajo*, UNED, Madrid, 2011, p. 61.

64. Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete C. y Moreno Vida M. N: *Manual de Derecho del Trabajo (decimocuarta edición)*, Comares, Granada, 2016, p. 8.

exactamente, guardan entre sí un parentesco muy próximo. Se menciona habitualmente de “trabajo” (desempeñar un trabajo”, “desarrollar un trabajo”). Se habla otras veces de “trabajo” (“encargar un trabajo”, “entregar un trabajo”) como resultado de dicha actividad productiva, como materialización o concreción de un esfuerzo laboral⁶⁵.

B. Aproximación conceptual al derecho del trabajo

El Derecho del Trabajo es un sector del ordenamiento jurídico que se ocupa de la regulación del fenómeno humano del trabajo, después de haber alcanzado éste un grado de complejidad tal que” la organización del trabajo se convierte en un problema social y político”. El proceso histórico de la sujeción del trabajo al Derecho responde, antes que a un propósito de buena ordenación productiva, a una exigencia, universalmente sentida, de dignificación de la condiciones de vida y trabajo de una capa mayoritaria de la población, la formada precisamente por los trabajadores asalariados⁶⁶. Otros autores como Cruz Villalón⁶⁷ definen al Derecho del Trabajo como “aquel conjunto de normas y principios jurídicos informadores que atiende a la regulación de esta singular parcela de la realidad social cifrada en la intervención jurídica sobre el mundo del trabajo y las relaciones laborales”.

A juicio de este autor los supuestos excluidos de la relación laboral vendrían dadas por exclusiones declarativas y constitutivas. Las primeras son aquellas que aluden a prestaciones de servicios que carecen de alguna de las notas exigidas para ser incluidas en el ámbito de aplicación del ET. Se trata de aclaraciones legales respecto del trabajo definido en el artículo 1.1. ET. Por el contrario, las exclusiones constitutivas recogen aquellos casos en los cuales la prestación de servicios del trabajador reúne todos y cada uno de los requisitos exigidos legalmente para estar incluida en el ámbito de aplicación de la legislación laboral y, pese a ello, el legislador decide expresamente excluirla.

Otros tratadistas como *Molero*⁶⁸ consideran que el Derecho del Trabajo es “aquella rama del ordenamiento jurídico que, con un fundamento tuitivo, regula la prestación de servicios profesionales por cuenta ajena en régimen de subordinación y asalariado”. Por tanto, el Derecho del Trabajo tiene por finalidad inmediata, la regulación jurídica del trabajo humano, aunque no de todo él sino de un tipo muy concreto, aquel que se realiza de forma voluntaria, y cuyas notas caracterizadoras son la ajenidad y la dependencia, siendo otro de los elementos el de ser retribuido⁶⁹. El Derecho del Trabajo se ocupa, en concreto; del trabajo que reúne las características del subordinado y por cuenta ajena, amén de voluntario y retribuido⁷⁰. Desde sus orígenes, la legislación laboral y la

65. Martín Valverde, A.; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 36-37.

66. Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo (vigésima segunda edición)*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 29.

67. Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo (novena edición)*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 59.

68. Molero Manglano, C.; Sánchez-Cervera Valdés J. M.; López Álvarez M. J., y Matorras Díaz-Caneja A.: *Manual de Derecho del Trabajo (cuarta edición)*, Thomson-Civitas, 2004, p. 31.

69. García Ninet, J. I. y Vicente Palacio A.: *Derecho del Trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 17.

70. Ramírez Martínez, J. M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 22.

Seguridad Social aparecen vinculadas a unos órganos jurisdiccionales especializados por razón de la materia. El origen de la jurisdicción social y del proceso laboral viene a coincidir con el nacimiento del Derecho del Trabajo como rama del Derecho y es fruto de la constatación de que la jurisdicción civil resulta inadecuada para resolver conflictos específicos como son los que nacen de las relaciones de trabajo⁷¹, cuestión ésta que abordaremos en un apartado siguiente. Con todo lo expuesto, ¿podríamos entonces considerar a este colectivo de porteadoras como trabajadoras enmarcadas en una relación contractual amparada por el Derecho del Trabajo? Es una de las principales cuestiones que deberíamos plantearnos, debido sobre todo a la desprotección social y sobre todo deshumanización a la que se enfrentaron estas pobres mujeres a lo largo de su triste y penosa historia.

C. Otras acepciones jurídicas que nos distancian del derecho del trabajo en cuanto al porteo de mercancías

La primera consideración a tener en cuenta es el hecho de que la mercancía entra de forma legal en España y en Ceuta, pagando los impuestos y tasas pertinentes. Por tanto, podría desprenderse, *a priori*, que nos encontraríamos frente a un comercio minorista, por lo que las porteadoras serían meros clientes. En este sentido estarían exoneradas de cualquier permiso de trabajo, entrando y saliendo varias veces de un lado a otro de la frontera, aunque la mercancía no da la apariencia de ser un cliente al uso. El hecho de la no exigencia de visado, en su condición de vecinas de la provincia de Tetuán, les permite entrar en territorio español y retornar a Marruecos con facilidad. Sin embargo, la realidad que nos encontramos está “camuflada”, al existir una trabajadora encubierta y a comisión de un tercero, normalmente una persona física o jurídica erradicada en Marruecos. Esta ha sido la “realidad encubierta” de decenas de kilos de carga sobre las espaldas de estas pobres mujeres a lo largo de tantos años, siendo un claro espejismo el considerar como productos de uso personal el que han portado sobre sus hombros.

En definitiva, visto desde el prisma del comercio minorista sería una cuestión alejada del Derecho del Trabajo o más bien enmarcadas en otras ramas del Derecho Privado. La compraventa de productos tendría naturaleza civil, puesto que existe una relación entre comprador y vendedor, aunque podría ser considerada como un “espejismo” o “ilusión óptica”, pues hay un trasfondo bien distinto que sustenta esa adquisición de productos. Atendiendo a una relación de compraventa, de conformidad con lo establecido en el artículo 1445 y siguientes del Código Civil⁷² podría entenderse *a priori*, como una relación jurídica de naturaleza privada en el ámbito civil. No obstante, podría enmarcarse igualmente en el ámbito del Derecho Mercantil tal y como

71. Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete C.; Moreno Vida M. N.; Olarte Encabo, S y Fernández Avilés, J. A.: *Manual de Derecho Procesal del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 26.

72. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889).

viene establecido en el artículo 325 y siguientes de Código de Comercio⁷³, al comprar mercancía para un tercero (elemento de ajenidad), obteniendo luego un beneficio, algo que resulta notorio y evidente. Sin embargo, todo ello queda lejos de lo que sería una exportación al uso, encontrándonos ante una realidad bien distinta, en un claro fraude de ley, especialmente en lo que al ordenamiento jurídico marroquí se refiere en materia de importación. Por tanto, nos distanciamos de lo que entenderíamos una relación enmarcada en el derecho del trabajo, en lo que a simple vista se ha difundido a lo largo de los años de porteo, como una actividad comercial.

Otra de las cuestiones que deberíamos plantearnos es si estas compras se realizaron bajo el amparo de una adquisición para uso personal y exclusivo. La realidad ha sido bien distinta, pues las compras iban destinadas a un tercero, como se ha mencionado (elemento de ajenidad) distanciándose de la naturaleza y objeto de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista⁷⁴, definiendo en su artículo 1.2. qué se entiende por este tipo de comercio minorista. Con respecto a los vehículos conocidos como “vespas” y pequeña capacidad se beneficiaron de no tener tarjeta de transporte de mercancías, por su escaso peso inferior a 3,5 toneladas y por tanto quedando eximidas de tarjeta de transporte de mercancías⁷⁵.

Por tanto, por ambas autoridades, tanto marroquíes como españolas y, dicho de manera coloquial, hubo un auténtico *laissez faire, laissez passer* en cuanto a una correcta aplicación de las normas, entendiéndose en todo caso que el porteo fue una simple actividad de compraventa de productos de uso personal, algo que dista notablemente de la realidad vivida durante tantos años; sin que las autoridades intervinieran. Tal y como hemos descrito, se tuvo en consideración este tipo de actividad como de carácter jurídico privado, obviando el trasfondo del asunto, que no era otra que la propia necesidad de estas pobres mujeres para llevar un sustento a sus hogares, ejercitando el rol de “elementos de carga”. En conclusión, se hizo un “mal uso” y sobre todo un “abuso”, de la práctica comercial de compraventa, pervirtiéndose el sentido humano de esta práctica comercial.

IV. EFECTOS ECONÓMICOS PROVOCADOS POR EL CIERRE FRONTERIZO EN CEUTA

A. Medidas tomadas por parte del gobierno marroquí, previas al cierre fronterizo en 2020

Como antecedente a la clausura de la actividad del porteo, existieron una serie de medidas cuya intencionalidad era provocar un progresivo aislamiento e incluso asfixia

73. Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (Gaceta de Madrid núm. 289, de 16 de octubre de 1885).

74. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996, <https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-1072-consolidado.pdf>.

75. No sería de aplicación el Real Decreto 1225/2006, de 27 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (BOE núm. 273, de 15 de noviembre de 2006), <https://www.boe.es/boe/dias/2006/11/15/pdfs/A39901-39942.pdf>.

económica en las ciudades de Ceuta y Melilla, al ser el comercio transfronterizo un elemento clave en su recaudación fiscal por IPSI⁷⁶ a la Importación/exportación y, consecuentemente en la capacidad financiera de ambas ciudades. Podemos destacar las siguientes por orden cronológico:

1. En julio de 2019, el Ministerio de Exteriores de Marruecos dictó una circular, enviada a varias instancias oficiales prohibiendo a sus altos cargos que accedan a las ciudades de Ceuta y Melilla, ya sea de visita o de tránsitos a Europa. La circular especificaba: “Se prohíbe tajantemente a todos los portadores de un pasaporte oficial que los usen para acceder a las ciudades marroquíes ocupadas de Ceuta y Melilla”.
2. El 9 de octubre de 2019, las autoridades marroquíes decidieron, de manera unilateral cerrar el paso fronterizo peatonal del Tarajal II, con carácter indefinido.
3. El 16 de octubre de 2019, las mismas autoridades marroquíes impidieron la entrada a Ceuta de productos alimenticios.
4. El 18 de diciembre de 2019, Marruecos abrió un nuevo frente diplomático con España mediante la aprobación de dos leyes para delimitar, de manera unilateral, sus fronteras marítimas con España y Mauritania.
5. El 26 de diciembre de 2019, las autoridades marroquíes impidieron el paso por la frontera a personas que portan acreditación que otorga la Delegación de Gobierno en Ceuta a ciudadanos marroquíes y que permite el tránsito entre ambos países.
6. El 9 de enero de 2020, se llevan a cabo decomisos masivos de mercancías en el lado marroquí de la frontera.
7. El 12 de enero de 2020, la explanada de embolsamiento (previo acceso a puesto fronterizo) acumula retrasos de hasta 6 horas para cruzar la frontera con destino Marruecos, como consecuencia de las restricciones impuestas por las autoridades marroquíes.
8. El 14 de enero de 2020, a los largos tiempos de espera en la referida “explanada para el embolsamiento de vehículos”⁷⁷ con destino Marruecos se sumaban las concentraciones, hasta de 1000 personas, en el entorno del Tarajal para pasar a Marruecos productos comprados en Ceuta. Las aglomeraciones derivaban en peligrosas avalanchas.

76. El IPSI es el impuesto indirecto que grava la importación y elaboración de bienes y la prestación de servicios en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. La entrada de productos y servicios desde otros lugares de la Península (incluido las Islas Baleares) se consideran una importación. Y, por tanto, se han de aplicar las normas aduaneras de la Unión Europea. Con la exportación ocurre lo mismo. Se aplican las normas de IVA transfronterizo (para operaciones entre países de la Unión Europea), por lo que las transacciones son libres de impuestos. La normativa que lo regula es la Ley 8/1991, de 25 de marzo, por la que se aprueba el arbitrio sobre la producción y la importación en las ciudades de Ceuta y Melilla (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1991), <https://www.boe.es/buscar/pdf/1991/BOE-A-1991-7645-consolidado.pdf>.

77. Se trata de un emplazamiento, próximo al paso fronterizo del Tarajal en el que se distribuyen los vehículos que van a cruzar el paso fronterizo desde Ceuta a Marruecos, evitando colapsos y aglomeraciones en el paso fronterizo.

9. Lo días 16 y 17 de enero de 2020, las esperas en la parcela de embolsamiento superan las siete horas. Asimismo, en el paso peatonal de la frontera, los aduaneros marroquíes decomisaban cualquier tipo de productos adquiridos en Ceuta, vulnerando las normas más elementales aplicables al paso de mercancías en régimen de viajeros.
10. El 1 de febrero de 2020 se impuso, por parte de las autoridades marroquíes, la obligación del sellado del pasaporte, tanto para los nacionales de dicho país como para los ceutíes, a la entrada y salida de Marruecos.
11. El 6 de febrero de 2020, las autoridades marroquíes trasladan a la Secretaría de Estado del Ministerio del Interior su negativa a reabrir el “Tarajal II” para desviar el tránsito de peatones, mientras se cometen las obras en curso sobre reforma de la frontera en la parte española.
12. El 10 de febrero de 2020 las autoridades marroquíes prohíben la llegada de pescado fresco a Ceuta, lo que provoca el desabastecimiento del Mercado Central de Abastos, así como de la gran mayoría de los establecimientos de restauración de la ciudad.
13. El 13 de marzo se produce el cierre total de la frontera por motivo del COVID-19.

Un cierre fronterizo y consecuente actividad comercial impuesto por Marruecos tuvo un impacto muy negativo en el comercio local, como era de esperar. Poniendo como ejemplo el periodo previo, así durante el mes de enero de 2020, el volumen de importaciones efectuadas en la ciudad se redujo un 40 % en comparación con el mismo mes del del ejercicio anterior⁷⁸. La decisión unilateral de Marruecos del cierre de la frontera se produjo a partir del mes de octubre, por lo que para ver sus efectos ha de observarse las bases imponibles de los periodos de octubre a diciembre del año en curso más enero a marzo del año anterior. En el siguiente cuadro, se parte de 2016, al ser éste uno de los mejores años de la serie, para llegar a 2020.

Tabla 2.

Efecto cierre de frontera de octubre de 2016 a febrero de 2020

	2016	2017	2018	2019
Octubre	68976039,58	48180433,01	63174499	56525274,33
Noviembre	71646475,88	51285372,73	62220695	42476875,83
Diciembre	66012830,6	45583095,08	56857646	38733621,48
Enero siguiente	67187137,84	44007821	58950638	35613953
Febrero siguiente	58330025,68	47832892	56295876	32085729
Marzo siguiente	78162165,87	56585276	57480372	28477706
TOTAL	410314675,45	293474889,89	354979726	233833141,64

Fuente: Observatorio de Ceuta y Melilla

78. Chandiramani Ramesh, K. y Bustillo Gálvez, J.: “Ceuta y Melilla o cómo convertir una grave crisis en la mejor de las oportunidades”, Observatorio de Ceuta y Melilla - Instituto de Seguridad y Cultura, 2020.

Como se puede comprobar, se aprecia un decrecimiento de las importaciones del 43 % respecto al mejor año (2016) y del 34 % del periodo 2019-2020 con respecto al periodo anterior, 2018-2019. Tal y como hemos mencionado, el reino de Marruecos cerró el paso fronterizo, con carácter indefinido el 13 de marzo de 2020⁷⁹ y ello condicionó que un gran contingente de marroquíes, tanto adultos como menores se encontraran sin posibilidad de un posible retorno a su país, lo que consecuentemente provocó que muchos se quedaran desprovistos de alojamiento; por lo que la Ciudad Autónoma tuvo que proceder el alojamiento de este colectivo.

B. Efectos en la economía ceutí, como efecto del cierre fronterizo en la economía ceutí

En relación a los Presupuestos de la Ciudad de Ceuta ⁸⁰ para 2023, y más concretamente las Bases para la Estimación de los Ingresos para 2023, previstas por la Consejería de Hacienda, Economía y función Pública de la Ciudad Autónoma de Ceuta nos resulta de especial significación lo relativo al Impuesto IPSI-Importación. En este sentido conviene mencionar que el artículo 11 de la sección sexta⁸¹ de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para 2003⁸², establece lo siguiente: “Uno: con el fin de mantener la suficiencia financiera de las ciudades de Ceuta y Melilla, se garantiza una recaudación líquida del Impuesto sobre la Producción, los Servicios y la Importación correspondiente a las Importaciones y al gravamen complementario sobre las labores del tabaco de las ciudades de Ceuta y Melilla, del ejercicio equivalente a la recaudación líquida del ejercicio 2001 por dichos conceptos, incrementada en la variación del PIB nominal, al coste de los factores, habida en el periodo. Dos: En el caso de que la recaudación líquida del ejercicio por dichos conceptos no alcance la cuantía a garantizar a que se refiere el apartado anterior, se compensará a cada una de las ciudades con cargo a los Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio siguiente por la diferencia calculada con arreglo a la siguiente fórmula: $C(x) i = [RL(2001) i * PIB(x)/PIB(2001)] - RL(x) i$ ⁸³. Tres: La garantía a que se refiere el apartado anterior se calculará por vez primera en relación con el ejercicio 2002, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado para 2003”.

79. RTVE: *Marruecos cierra la Frontera con Ceuta y Melilla*, 13 de marzo de 2020, <https://www.rtve.es/noticias/20200312/marruecos-cierra-frontera-ceuta-melilla/2009780.shtml>.

80. Presupuesto de la Ciudad Autónoma de Ceuta: <https://www.ceuta.es/ceuta/documentos/secciones/presupuestos>.

81. La sección 6.ª de la Ley 53/2002 regula el Impuesto sobre la Producción, los Servicios y la Importación para las Ciudades de Ceuta y Melilla.

82. Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2002), <https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-25412-consolidado.pdf>.

83. $C(x) i$ es la compensación a efectuar a la Ciudad (i) correspondiente al ejercicio (x) con cargo a los Presupuestos Generales del Estado para (x + 1); $RL(2001) i$ y $RL(x) i$ son la recaudación líquida, deducida de la liquidación del Presupuesto del ejercicio, por el Impuesto sobre la Producción, los Servicios y la Importación correspondiente a las importaciones y al Gravamen complementario sobre las Labores del Tabaco de cada Ciudad (i), en el ejercicio (2001) y (x), respectivamente; $PIB(2001)$ y $PIB(x)$ es el PIB nominal, al coste de los factores, Base-2001, correspondiente a los años (2001) y (x), respectivamente.

Cabe destacar el hecho de que este instrumento que disponen sendas Ciudades Autónomas es muy favorable, debido a tomar como referencia los ingresos tributarios obtenidos en el ejercicio 2001. Este año arrojó un saldo tributario muy favorable, sirviendo de referencia en futuros ejercicios presupuestarios, redundando en una mejor suficiencia financiera. Según aportaban fuentes de Delegación del Gobierno de la Ciudad en abril de 2001, el comercio con Marruecos movió 100000 millones de las entonces pesetas durante el año anterior en Ceuta⁸⁴ que, en euros supuso más de 600 millones. Para hacernos una idea, en mayo del año 2000, el tránsito de marroquíes en la frontera con la intención de “hacer transacciones comerciales en la ciudad” era de 800000⁸⁵.

Con respecto al ejercicio presupuestario del año pasado (2023) para la formulación de la estimación de la evolución del PIB nominal a coste de factores se partió de la información publicada por el Instituto Nacional de Estadística, en lo referente al periodo 2021/2001. Respecto del periodo 2023/2021 se consideró la estimación que se deriva del escenario macroeconómico diseñado por el Ministerio de Hacienda y Función Pública, que acompaña al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2023, avalada por la autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIRef).

Haciendo un balance comparativo entre nuestra situación actual, absolutamente compensada por el Estado con la precedente, nos encontramos que en el año 2023 se recaudaron 23 millones de euros, compensando el Estado los 53.727.972,7 € de los que no se habían obtenido ingresos financieros, lo que provocó una recaudación líquida estimada de un -34,28 %, compensando el Estado el resto en un 46,60 %, llegando a provocar incluso un leve incremento de recaudación garantizada por la Ley 53/2002 en un 7 %.

Tabla 3.

Recaudación tributaria 2019-2023

Concepto	2019	2023	Variación
Recaudación líquida estimada	35000000 €	23000000 €	- 34,28 %
Recaudación líquida garantizada por la Ley 53/2002	71648590 €	76727972,7 €	+ 7,08 %
Compensación Teórica (B-A)	36648590 €	53727972,7 €	+ 46,60%

Fuente: Consejería de Economía, Hacienda y Función Pública

Por ende, y pese a la pretensión del gobierno marroquí de provocar la asfixia financiera⁸⁶, de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, no se produjo y se alcanzó esta pretensión por parte del país vecino. Corroboramos que, en un segundo o tercer plano quedaba la intención de erradicar una explotación laboral encubierta, como era

84. El Faro de Ceuta: *El comercio con Marruecos movió 100.000 millones de pesetas en Ceuta*, 26 de abril de 2001 (fuente extraída de la Hemeroteca).

85. El Faro de Ceuta: *800.000 marroquíes cruzaron el pasado mes por el Tarajal. Para hacer transacciones comerciales en la ciudad*, 10 de junio de 2000 (fuente extraída de la Hemeroteca).

86. Diario El Español: *Marruecos reconoce que asfixia a Ceuta y Melilla para “proteger” su economía del contrabando*, 1 de julio de 2020, https://www.elespanol.com/espana/20200701/marruecos-reconoce-ceuta-melilla-proteger-economia-contrabando/501701295_0.html.

el porteo y es el epicentro del presente artículo. Resulta irrefutable que, el objetivo de culminar esta actividad pseudolaboral inhumana era de carácter económico y político, quedando la cuestión de los derechos de estas pobres mujeres a un lado. Sin duda nos quedará en el imaginario colectivo las tristes miradas de estas desdichadas mujeres, que llevaban a cabo un trabajo más propio de animales que de personas y todo ello en las puertas de Europa.

C. Perspectivas de futuro y alternativas al malogrado “comercio atípico”

Una de las fortalezas de las que dispone la Ciudad Autónoma de Ceuta es el Régimen Económico y Fiscal, muy atractivo a la implantación de una heterogeneidad de sectores económicos. La implantación de proyectos de base tecnológica y digital parece ser uno de los retos principales. Desde hace algunos años, la ciudad de Ceuta viene trabajando en las posibilidades que puede ofrecer a las empresas de la industria tecnológica, aprovechando la coyuntura del Brexit, así como el Régimen Económico y Fiscal especial, que supone el principal atractivo de la ciudad⁸⁷. Dicho imán debe desarrollarse y afianzarse hasta el límite de sus posibilidades. En este sentido el sector de empresas del juego *online*, demostrando sus virtudes, al existir una amplia implementación progresiva en la ciudad.

Por parte de la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Ceuta, Joaquín Mollinedo⁸⁸, argumentaba que existe una gran incertidumbre sobre el futuro del polígono del Tarajal, condicionado por el hecho de verse materializada la implementación de la tan esperada aduana comercial. En este sentido, a juicio de Mollinedo, las empresas exportadoras e importadoras podrían volver al polígono. A este tenor apostillaba Mollinedo lo siguiente: “Podría replantearse la implantación en el Polígono del Tarajal de un Parque Tecnológico, empresas de juego *on line*... Este sector económico, se encuentra muy incentivado por los incentivos fiscales, generando un empleo de alta cualificación, no necesitando grandes espacios, ni logística. Otra de las cuestiones que no hay que desatender es el sector turístico, pues tras el COVID, la tasa de ocupación del visitante marroquí se ha visto notablemente mermada, siendo un perfil muy interesante. En cuanto a energías renovables, nuestra ciudad aporta un 0 %, aunque está prevista una planta solar en el puerto. Por tanto, existen otros sectores económicos, que fomentarían el autoconsumo. En este sentido la producción energética, fundamentada en energías renovables, la economía azul (como las actividades subacuáticas, la acuicultura, eventos náuticos u otros vinculados con el mar o nuestro litoral). Sin duda, el denominado “comercio atípico”, no ha sido un modelo económico sostenible desde ningún punto de vista.

87. Chandiramani Ramesh, K. y Bustillo Gálvez, J.: *Ceuta y Melilla o cómo convertir una grave crisis en la mejor de las oportunidades*, ob. cit.

88. Joaquín Mollinedo Gómez-Zorrilla es Secretario General de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Ceuta (entrevista del autor, Ceuta, 24 de abril de 2023).

En consecuencia y, a juicio del sector empresarial de la ciudad, Ceuta posee un gran potencial económico, independientemente del tránsito habitual fronterizo. Debemos tener en cuenta que el último año de porteo fue en 2019, con una clara disminución del consumo interno, una subida de la inflación, sin incremento salarial, consumo interno decreciente. Por consiguiente, hay que ser cautelosos con respecto a la caída de la recaudación de este impuesto debido a existir otros factores en juego.

A juicio del presidente de la Ciudad Autónoma el comercio atípico ha ocasionado más perjuicios que ventajas, consideran que sectores como la digitalización y las energías limpias sostendrían un modelo económico “verde, azul e inteligente” más sólido⁸⁹. En una reciente entrevista en la prestigiosa revista Forbes⁹⁰, el máximo dirigente de la Ciudad Autónoma hacía especialmente hincapié en estos sectores económicos como los más viables para Ceuta.

V. CONCLUSIONES

El emplazamiento donde se ha desarrollado la actividad de porteo ha sido principalmente en los polígonos ubicados en el Tarajal, así como el paso fronterizo que lleva el mismo nombre.

La figura del porteador/a ha tenido un grado de feminización severo, enmarcada en un tipo de actividad “pseudolaboral” debido a la indeterminación e indefensión a la que ha estado sometido este colectivo. Sería la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA) quien promovería la Declaración de Tetuán de abril de 2012, dando visibilidad a la profunda precariedad de estas mujeres.

El denominado como “comercio atípico” en Ceuta hunde sus raíces en el siglo XV, siendo una costumbre mantenida en una continuidad histórica a lo largo de seis siglos, sin establecerse una regulación garantista al respecto.

Los conflictos bilaterales en el reconocimiento o no a lo largo de más de dos siglos y más de una veintena de tratados entre España y Marruecos sobre cuestiones fronterizas y aduaneras, en un planteamiento soberanista; han eclipsado el fondo del asunto. No es otro que la regulación y protección social de un colectivo tan vulnerable como el de las mujeres porteadoras. “comercio atípico” o “contrabando”, han sido etimologías esgrimidas por parte de las autoridades españolas y marroquíes, en planteamientos y legitimidades contrapuestas, todo ello en un entorno en el que el porteo continuaba, sin encontrar una solución al respecto.

El hecho de que se dieran a conocer los abusos que sufrían estas mujeres, así como la primera mujer fallecida en 2008, no siendo la última, puso en conocimiento de la opinión pública de lo inhumano de este tipo de actividad pseudolaboral.

89. El Faro de Ceuta: “Hemos salido reforzados del duro trance de mayo de 2021”, 28 de marzo de 2023, <https://elfarodeceuta.es/juan-vivas-hemos-salido-reforzados-duro-trance-ceuta-crisis-mayo-2021/>.

90. Revista Forbes: “Verde, Azul e Inteligente, el futuro para Ceuta”, 6 de marzo de 2023, <https://forbes.es/economia/243396/verde-azul-e-inteligente-el-futuro-para-ceuta/>.

La última de las muertes registrada sería en septiembre de 2019 en la zona marroquí, cerrándose el paso fronterizo Tarajal II un mes más tarde.

En cuanto a poder definir si existe o no relación laboral en las actividades de porteo, nos encontramos frente a muchos elementos *de facto* que pudieran concretarla, sin existir una relación *de iure* en la que quede expresamente reflejado un contrato de trabajo, así como su correspondiente protección social. Por otro lado, se ha dado a lo largo del tiempo una relación encubierta de compraventa en el mercado minorista, regulada en el código civil, así como el código de comercio, conformando un claro “efecto óptico” que camuflaba una realidad opaca bien distinta.

En lo relativo a los efectos económicos que afectan a la suficiencia financiera de la Ciudad de Ceuta, con una clara intencionalidad de asfixia económica por parte del Reino de Marruecos, no han tenido los efectos esperados en las finanzas ceutíes. El modelo económico ceutí no podía ni mucho menos sustentarse en este tipo de comercio, que conllevaba una clara explotación a quienes, con su tremendo esfuerzo físico, transportaban una carga desorbitada sobre sus espaldas, para ganar unos *dirhams*. Estas mujeres han sido el eslabón más débil de una larga cadena de transacciones económicas.

Finalmente, y haciendo una clara autocrítica por parte de las autoridades ceutíes y empresariales, el denominado como “comercio atípico” y el consecuente porteo, además de dar una imagen nefasta a la ciudad, ha quedado como un malogrado sector económico y nicho de mercado. Como fortaleza al atractivo régimen económico y fiscal, sectores como el tecnológico están en creciente expansión, así como las conocidas economías “verde, azul e inteligente”, enmarcadas en un mercado de trabajo y protección social propias del siglo XXI y de una ciudad europea en el norte de África.

Bibliografía

- Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía: *Respeto y Dignidad a las mujeres marroquíes que cargan mercancías en la frontera de Marruecos con Ceuta*, 2016.
- Casas Sánchez, J.: “La inmigración fronteriza en Ceuta”, *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar*, 2016.
- Chandiramani Ramesh, K. y Bustillo Gálvez, J.: *Ceuta y Melilla o cómo convertir una grave crisis en la mejor de las oportunidades*, Observatorio de Ceuta y Melilla e Instituto de Seguridad y Cultura, 2020.
- Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo (novena edición)*, Tecnos, Madrid, 2016.
- Fernández Marcos, L.: *Derecho del Trabajo*, UNED, Madrid, 2011.
- Fuentes Lara, M. C.: “La singularidad fronteriza de Ceuta y Melilla”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 122, 2019, disponible en: <https://doi.org/10.24241/rci.2019.122.2.241>.
- Fuentes Lara, M. C.: *La situación de las porteadoras en la frontera sudeuropea: el caso de Ceuta*, Monografía CIS, Madrid, 2019.
- Fuentes Lara, M. C. y Rosado Caro, A. M.: “Porteadoras: la feminización de la pobreza en la Frontera Sur 2021”. Área de Solidaridad Internacional de la APDHA, Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, 2021, disponible en <https://www.apdha.org/wp-content/uploads/2021/03/Porteadoras-feminizacion-pobreza-2021.pdf>.

- Gabrielli, L.: “Mujeres porteadoras en Ceuta: la frontera como recurso, estigma y jaula”. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 129, 2021, disponible en: <https://doi.org/10.24241/rcai.2021.129.3.233>.
- García Ninet, I. y Vicente Palacio A.: *Derecho del Trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- García-Perrote Escartín, I.: *Manual de Derecho del Trabajo (12ª edición)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Informe “La Frontera Sur, Accesos terrestres”, *Centre per la Defensa Dels Drets Humans*, 2017.
- Martín Valverde, A.; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2000.
- Memoria Económica CES: <https://www.ceuta.es/ceuta/images/documentos/Institucional/Memorias/Memoria2011.pdf>.
- Molero Manglano, C.; Sánchez-Cervera Valdés, J. M.; López Álvarez, M. J. y Matorras Díaz-Caneja, A.: *Manual de Derecho del Trabajo (cuarta edición)*, Thomson-Civitas, 2004.
- Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, M. N.; Olarte Encabo, S. y Fernández Avilés, J. A.: *Manual de Derecho Procesal del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2010.
- Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N.: *Manual de Derecho del Trabajo (decimocuarta edición)*, Comares, Granada, 2016.
- Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo (vigésima segunda edición)*, Tecnos, Madrid, 2001.
- Ramírez Martínez, J. M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- Ramón Remacha, J.: “Las Fronteras de Ceuta y Melilla”, In HeinOnline. Retrieved April 17, 2020, from https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/aedi10§ion=10.
- White, G.: “La migración laboral marroquí y los territorios españoles de Ceuta y Melilla”, *Revista Internacional de Sociología (RIS)*, tercera época, núm. 36, 2003.



Rural livelihoods, poverty and social protection in a former Soviet country, Kyrgyzstan*

MEDIOS DE VIDA RURALES, POBREZA Y PROTECCIÓN SOCIAL EN UN ANTIGUO PAÍS SOVIÉTICO, KIRGUISTÁN

Rafael Aguirre Unceta

Investigador independiente

Excoordinador de cooperación UE en Asia Central

agisor@gmail.com  0000-0002-3417-4776

Recibido: 30.03.2024 Aceptado: 04.06.2024

RESUMEN

In Kyrgyzstan, many rural families have tried to escape poverty by migrating to urban centres within the country or abroad. Although the poverty rate has tended to decline over the course of this century, it has recently increased significantly, mainly due to the COVID pandemic and its aftermath. A few years after independence from the USSR (1991), the national government reintroduced a model of social protection, albeit less generous than that of the Soviet era. With some partial reforms, this model has been maintained until today. Its effectiveness seems insufficient, especially the non-contributory component, which supports poor rural and urban families. The situation of the latter is aggravated by the limited scope and coverage of free public health services. Despite tight national budget margins, fiscal space could be created to refinance some national priorities. These include the social protection system. However, this system should also be redesigned to become more progressive and poverty-oriented.

ABSTRACT

En Kirguistán, muchas familias rurales han intentado escapar de la pobreza emigrando hacia núcleos urbanos dentro del país o al extranjero. Aunque ha tendido a disminuir a lo largo del presente siglo, la tasa de pobreza ha experimentado recientemente un aumento significativo, principalmente a causa de la pandemia COVID y sus consecuencias. Pocos años después de la independencia de la URSS (1991), el gobierno nacional reintrodujo un modelo de protección social, aunque menos generoso que el de la época soviética. Con algunas reformas parciales, este modelo se ha mantenido hasta la fecha. Su eficacia parece insuficiente, en particular su componente no contributivo que apoya a las familias pobres rurales y urbanas. Estas

PALABRAS CLAVE

Rural Livelihoods
Migration
Poverty Trends
Financing Social Policies
Anti-Poverty Programmes

KEYWORDS

Medios de vida rurales
Migración
Tendencias de pobreza
Financiación de políticas sociales
Programas antipobreza

* El artículo no ha sido desarrollado al amparo de las actividades de un grupo de investigación.

últimas ven agravada su situación por el limitado alcance y cobertura de los servicios sanitarios públicos gratuitos. A pesar de los estrechos márgenes del presupuesto nacional, podría crearse espacio fiscal para refinanciar algunas prioridades nacionales. Entre ellas, estaría el sistema de protección social. No obstante, este sistema debería también rediseñarse para hacerse más progresivo y orientado a la reducción de la pobreza.

CONTENTS

- I. INTRODUCTION
- II. FARM AND NONFARM LIVELIHOODS, MIGRANT REMITTANCES
 - A. AGRICULTURE AND NON-AGRICULTURAL ACTIVITIES
 - B. INTERNAL MIGRATION
 - C. FOREIGN MIGRATION AND REMITTANCES
- III. POVERTY AND INEQUALITY
- IV. FINANCING SOCIAL POLICIES
- V. AN INSUFFICIENT SOCIAL PROTECTION SYSTEM
 - A. SYSTEM DEVELOPMENT AND CONFIGURATION
 - B. SCOPE AND CHALLENGES OF THE CURRENT ANTIPOVERTY POLICY
- VI. CONCLUDING REMARKS
Bibliography

I. INTRODUCTION

After belonging to the Russian Empire in the last quarter of the 19th century and to the USSR in the 1920s, Kyrgyzstan became an independent republic in 1991. As in the other ex-USSR countries of Central Asia, the transition from a planned to a market economy has been difficult. The disruption of production and trade patterns under the USSR's internal division of labour led to the closure of many production facilities and high rates of inflation. Public finances suffered from the loss of transfers from the Union and the difficulty of mobilizing domestic revenues in the context of transition¹. After several years of sharp economic decline, GDP began to recover at the end of the 1990s and has been growing moderately (3.8 percent per year on average) since the turn of the century². The government's fiscal position has gradually improved from the previous high level of indebtedness (122.3 percent of GDP in 2000). However, the Kyrgyz economy remains vulnerable to external shocks due to its dependence on gold markets (about 40 percent of total exports) and migrant remittances (29.9 percent of GDP between 2015 and 2022).

1. In 1991, these USSR transfers still represented 12.2 percent of the Kyrgyz GDP and 35.2 percent of the revenues of the consolidated budget (IMF/International Monetary Fund, "Kyrgyz Republic", *IMF Economics Reviews*, num. 12, 1993).

2. The country has been classified as a lower-middle income country (World Bank criteria) since 2014, with a GNI *per capita* of USD 1,440 (2022). However, there are large territorial disparities when comparing *per capita* income data between its seven regions (oblasts).

The economic turmoil that followed the collapse of the Soviet Union led to major social problems. Escalating unemployment, cuts in social subsidies, and rising living costs led to increased poverty and food insecurity for large sections of the population. Poverty rates have fallen in the last decades, with some recent reversals (2009-12, 2015); the COVID-19 pandemic and its consequences (job losses, high inflation, etc.) have caused a further significant increase in the poverty rate. Although it has recently grown in cities, poverty has traditionally been concentrated in rural areas, linked to fragile agricultural production. The gap between the value added by agriculture (14.7 percent of GDP in 2021, WDI/World Development Indicators) and its share in national employment (25.2 percent in 2021, ILOSTAT) reflects its low productivity. To escape poverty, rural people seek employment outside agriculture, in the same area, in other parts of the country or abroad. The drivers and conditions of this search for livelihood, as well as broader poverty trends in Kyrgyzstan, are considered in sections II and III of this article.

To address the social vulnerability of many of its citizens, independent Kyrgyzstan has implemented a social protection model partly inspired by the Soviet legacy. Its main component is a pension system, which covers a large proportion of the elderly population and absorbs most of the social protection budget. The non-contributory social assistance component consists of both categorical and poverty-targeted grants; their limited funding means that only a small part of the population is reached with a low level of benefit. National budget allocations for social policies have evolved over the course of this century (section IV). Neither social protection nor public health care appear to be favoured when compared to countries with relatively similar conditions. There seem to be some fiscal possibilities to remedy this situation. Section V examines in more detail some of the imbalances and shortcomings within the social protection system that reduce its effectiveness in the fight against poverty. Part of the statistical information used in the article comes from databases of international institutions, such as the World Bank (WDI/World Development Indicators), the Asian Development Bank, the International Labour Organization (ILOSTAT), the UNESCO Institute for Statistics (UIS-UNESCO) or the World Health Organization (WHO). The other main source of data is the National Statistical Committee of the Kyrgyz Republic (NSCK).

II. FARM AND NONFARM LIVELIHOODS, MIGRANT REMITTANCES

Kyrgyzstan remains a demographically rural country. In 2022, 63 percent of the population lived in rural areas, slightly lower than in 1960 (66 percent) (WDI/World Development Indicators), after some urban industrialization during the Soviet period. While agriculture has historically been the main source of activity and income in these areas, there has been a trend to seek employment in non-agricultural rural activities. Throughout this century, another alternative to escape rural hardship and unemployment has been migration, usually temporary, to urban centres or other countries.

A. Agriculture and non-agricultural activities

Current farm ownership structures in Kyrgyzstan are the result of the privatization of land and livestock that took place after independence. After more than 60 years of collectivization, agrarian reform began in 1991, although it did not become fully effective until 1995³. Arable land and livestock from state and collective entities were officially redistributed to their former members on an equal *per capita* basis. However, actual individual shares varied according to the available assets of each dissolved entity and the number of eligible members. In addition, lack of administrative control, local nepotism and corruption led to frequent violations of the legal rules in favour of some powerful people⁴.

A quarter of the total arable land was not legally redistributed because it was used to set up a Land Redistribution Fund (LRF) for public agronomic research, for subsequent lease or allocation to dispossessed peasants, etc. Pastures (approximately 85 percent of the total agricultural land) also remained in public hands. In both cases, the management of public assets was confused, leading to arbitrary decisions and semilegal allocations (pastures)⁵. In some areas, the legal portion of the LRF had previously been distributed individually at the local level. Since the beginning of this century, more precise norms for LRF and pasture leasing have been adopted (2009), although conflicts over access to pastures persisted⁶. During the same period, the legal possibility of land sales by private owners was introduced, and an increasing number of such transactions took place⁷.

In addition to the above developments, demographic factors and the weight of traditional family rules (especially for women) have led to inequalities in land ownership. In 2012, 57.5 percent of women and 43.4 percent of men living in rural areas and aged between 15 and 49 years did not own any land⁸. Moreover, the fragmentation of farms (inheritance, etc.) has reduced their size. In just one decade (2006-2016), the number of smallholder farms increased by 30 percent (AO/Food and Agriculture Organization, 2020). This, together with the redistribution criteria of the 1990s reform (arable land available/population in each place), means that farm sizes are particularly modest in some regions. In the southern oblasts (Batken, Jalalabad and Osh), the average farm size is between 0.6 and 1.1 hectares), including the tiny portions of land leased from the LRF. The national average household livestock is not large: 2-3 livestock units (LU) (mostly one cow and 10-20 small ruminants). The poorest families have no livestock or very few ruminants or poultry.

3. In Soviet times, in addition to the predominant state (*sovkhoses*) and collective (*kolkhozes*) farms, peasants were allowed to have small home gardens and a limited number of animals. During frequent supply shortages, these individual assets could ensure food subsistence.

4. Steimann, B.: *Making a Living in Uncertainty. Agro-Pastoral Livelihoods and Institutional Transformations in Post-Socialist Rural Kyrgyzstan*, Human Geography Series / Schriftenreihe Humangeographie, vol. 26, 2011.

5. Steimann, B.: *op. cit.*

6. Mestre, I.; Ibraimova, A. & Azhibekov, B.: "Conflicts over pasture resources in the Kyrgyz Republic", *Research Report, CAMP Alatau-ACTED-USAID*, 2013.

7. FAO: *Smallholders and family farms in Kyrgyzstan. Country study report 2019*, Budapest, 2020.

8. NSCK/National Statistical Committee of the Kyrgyz Republic-Ministry of Health: "Demographic and health survey", 2013.

The small size of farms can be aggravated by obsolete technical means of production and poor-quality inputs (seeds, fertilizers, etc.), resulting in low yields. The agricultural cooperative movement could alleviate these production constraints, but it is very weak in Kyrgyzstan. Despite official promotional campaigns, insufficient mutual trust among farmers hinders their cooperative organization. Climate-related risks (such as drought, harsh winters for pastoralists, earthquakes, and landslides) are also significant⁹. Selling part of the agricultural products can also pose other difficulties (roads, bridges...), especially in mountainous areas far from markets; the returns obtained are generally low. A significant proportion of smallholders practise subsistence farming to meet their needs, with no surplus to sell. The poorest household farmers, who often have only a home garden, are unable to produce their basic food, become dependent on the market and suffer from price rises.

B. Internal migration

To cope with inadequate food and income from agriculture, members of peasant families often must find employment outside the farm. This may be wage jobs as herders or labourers on other farms or employment in services or processing activities related to agriculture. However, non-agricultural employment is also common. Sometimes this takes the form of part-time or seasonal work, which to some extent smooths income at home but also migration to more permanent destinations. These may be nearby, further afield within the country or abroad. The most significant internal migration movements are between poor rural areas in the south (Batken, Jalalabad) and northern destinations such as the capital Bishkek and its region (Chui oblast).

Nonfarm employment (or self-employment) in the country is provided by sectors such as trade, transport, construction, and textiles, as well as local public services. Poor rural households try to increase their earnings through nonfarm employment, mainly in trade and construction. However, the income generated is not sufficient to change their poverty status. In their destination areas, migrants typically endure poor working conditions and low wages. Their access to urban health and social services is also hampered by the migrant registration system, known as *propiska*, inherited from the Soviet era¹⁰.

C. Foreign migration and remittances

International migration flows are mainly to the Russian Federation¹¹ and, to a lesser extent, to Kazakhstan, Turkey, and some other countries. Kyrgyz migrants abroad

9. Food prices increased by 18 percent in 2021, after a poor harvest, but have continued to rise in 2022 and 2023 (16.2 percent and 8.4 percent, respectively) (NSCK data). By December 2022, more than 15 percent of households were acutely food-insecure (WFP/World Food Programme: "Kyrgyz Republic Country Brief January 2023", 2023).

10. Hatcher, C. & Thieme, S.: "Institutional transition: Internal migration, the propiska, and post-socialist urban change in Bishkek, Kyrgyzstan", *Urban Studios*, num. 53 (10), 2016, pp. 2175-2191.

11. In 2018, the number of Kyrgyz citizens with migration registration in Russia was approximately 640,000, 35,000 in Kazakhstan, 30,000 in Turkey and 30,000 in various other countries (IOM/International Organization for Migration:

come from both rural and urban areas, from both northern and southern oblasts; in fact, a common sequence is to first migrate to urban centres and from there to migrate abroad. It should be noted that migration may require financial resources that are not available to the poorest rural families. The main reasons for labour migration are low wages¹² and unemployment in Kyrgyzstan, although working and living conditions in Russia are not great. It has been observed that migrants in Russia are largely discriminated against in terms of wages, as they are quite often employed in the shadow economy¹³.

In a small open economy such as Kyrgyzstan's, migrant remittances tend to have a significant macroeconomic weight, although they are quite volatile. Exchange rate fluctuations and changing economic conditions in Russia explain this instability. As a share of GDP, remittances have fluctuated between 25.3 percent (2015) and 32.8 percent (2021) over the last decade, levels that are among the highest in the world¹⁴. Due to their important role in providing foreign exchange, remittances contribute to financing critical imports, thereby supporting the external balance. Let's now look at the microeconomic impact of foreign remittances on recipient families.

According to data from the very comprehensive Life in Kyrgyzstan study, 10.4 percent of Kyrgyz households received remittances in 2016, of which 74.3 percent lived in the rural home areas of migrants. The three southern oblasts have the highest proportion of recipient families (16.4 percent). Of the total income of these recipient families, 75.1 percent came from remittances in 2016. At the national level, remittances accounted for only 7.9 percent of total household income (recipient and nonrecipient families) in the same year.

The impact of remittances on poverty in Kyrgyzstan has been the subject of several studies, with relatively mixed results. Some conclude that the impact is positive because they allow households to increase their spending capacity¹⁵. Similarly, a World Bank report¹⁶ finds that remittances increase the probability of moving out of poverty. The impact of remittances on crops, livestock and off-farm activities has led to the conclusion that remittances have an overall positive impact on rural poverty reduction¹⁷. Other research tends to deny such a positive impact,

"Mapping Report of the Kyrgyz Diaspora", 2022). However, the actual numbers could be much higher due to unregistered migrants (Murzakulova, A.: *Rural Migration in Kyrgyzstan: Drivers, Impact and Governance*, Research paper nr 7, 2020 University of Central Asia, Gradual School of Development).

12. According to ILOSTAT, the average salary in Russia in 2021 (in 2017 USD PPP, purchasing power parity terms) was 72% higher than in Kyrgyzstan.

13. Vakulenko, E. & Leukhin, R.: "Wage discrimination against foreign workers in Russia", *Russian Journal of Economics*, num. 3, 2017, pp. 83-100.

14. KNOMAD/Global Knowledge Partnership on Migration and Development, <https://www.knomad.org/data>.

15. Karymshakov, K.; Abdieva, R. & Sulaymanova, B.: "Worker's Remittances and Poverty in Kyrgyzstan", 2014. A paper presented at the International Conference on Eurasian Economies, Skopje, Macedonia.

16. World Bank: *Kyrgyz Republic Poverty and Economic Mobility in the Kyrgyz Republic. Some insights from the 'Life in Kyrgyzstan Survey'*, Report no. 99775-KG, 2015.

17. Zhunusova, E. & Herrmann, R.: "Development Impacts of International Migration on "Sending" Communities: The Case of Rural Kyrgyzstan", *The European Journal of Development Research*, num. 30, 2018, pp. 871-891. In fact, the increase in gross agricultural output between 2001 and 2020 (NSCK) was higher than the national average in oblasts such as Batken (particularly for crops) and Jalalabad (particularly for livestock), which receive meaningful remittances.

at least for the poorest households. Permanent migration may even increase the vulnerability of these households through the loss of active, productive members¹⁸. Remittances can reproduce social stratification in rural communities, as the poorest use them for immediate consumption needs, while the wealthier can invest them productively.

The official poverty statistics capture the transient effect of remittances on household income and expenditure levels and show a reduction in poverty rates. According to the National Statistical Committee, remittances contributed to reducing the national poverty rate by 9.3 percentage points in 2020. The question that arises, and perhaps explains the different conclusions outlined above, is whether remittances lead to sustainable improvement in household incomes and conditions. It has often been assumed that poor households use remittances mainly for immediate consumption needs, including food¹⁹, without strengthening the resilience of their livelihoods. This leaves them poorly prepared to cope with possible shocks (climatic or otherwise) or a sudden drop in remittances²⁰. Moreover, not only productive investment but also spending on human capital, especially education, appears to be relatively neglected, which may affect household well-being in the long run²¹.

III. POVERTY AND INEQUALITY

With fluctuations linked to economic cycles and crises, poverty rates have tended to decline gradually since the beginning of this century (figure 1). The fragility of this decline has been demonstrated recently by a combination of adverse factors. These include the COVID-19 pandemic and its economic aftermath, rising unemployment in some areas and high food inflation. Between 2019 and 2021, the poverty rate (according to the national line) raised from 20.1 percent to 33.3 percent of the population, and extreme poverty from 0.5 to 6 percent. These increased poverty rates are maintained in 2022 (33.2 percent and 6.1 percent, respectively). The 2023 poverty rate has not yet been published by the NSCK. Remittances fell sharply in 2020 during the worst phase of the pandemic but have recovered since then (28 percent increase in 2022 compared to 2020).

Rural areas tend to have the highest levels of poverty: 73.7 percent of people below the national poverty line lived in these areas in 2020. However, the largest increase in poverty rates between 2020 and 2022 has occurred in urban areas. Territorial disparities

18. Ibraliyeva, K. & Mikkonen-Jeanneret, E.: *Constant Crisis: Perceptions of Vulnerability and Social Protection in the Kyrgyz Republic*, HelpAge International, 2009.

19. It makes sense to pay attention to food in a country where segments of the population often face food security and nutrition problems. However, some analysts suggest that as remittances grow, spending on home improvements, durable goods and traditional celebrations increases, rather than on food.

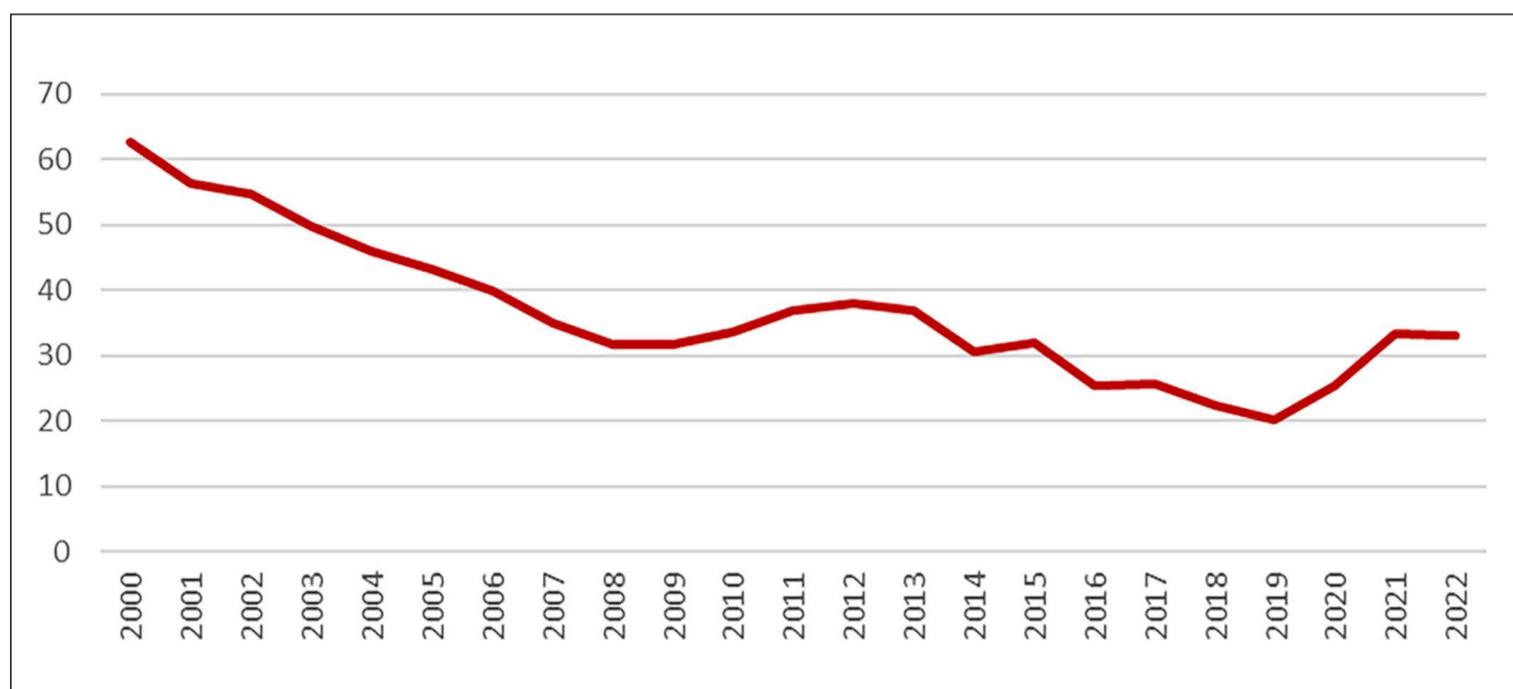
20. WFP/World Food Programme & International Organization for Migration: "Migration Food Security and Nutrition in the Kyrgyz Republic", 2021.

21. Gao, X.; Kikkawa, A. & Kang, J. W. "Evaluating the impact of remittances on human capital investment in the Kyrgyz Republic", *ADB economics, Working paper*, num. 637, 2021.

become apparent when the latest poverty data are disaggregated by oblast. Poverty rates in the southern oblasts Batken (48.5 percent) and Jalalabad (47.1 percent) were well above the national average (33.2 percent) in 2022 (NSCK/National Statistical Committee data), despite being a major destination for remittances. A similar conclusion is reached if multidimensional poverty estimates are considered. As reported by a UNICEF study²², 50,3 percent of Kyrgyz households were living in 2016 in multidimensional deprivation; the ratio was 64,9 percent in Batken and 59,6 percent in Jalalabad.

Figure 1.

Poverty rates according to the national line (% of the population)

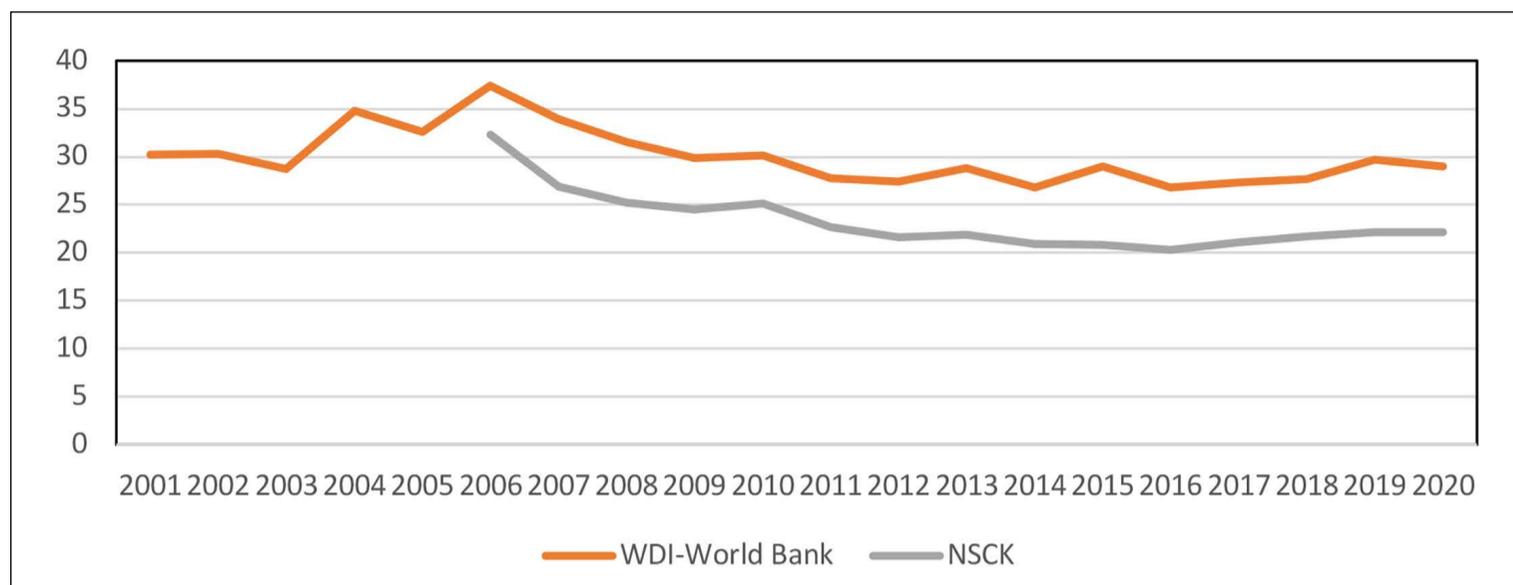


Source: NSCK/National Statistical Committee of the Kyrgyz Republic

Regarding interpersonal inequality, Kyrgyzstan shows an unstable path over the last 20 years. After an initial rise, the Gini coefficient has been falling for almost a decade, but this trend has recently been reversed (figure 2). The Gini level in 2020 is quite similar to that at the beginning of the century. There are several reasons for the persistence of inequality. These include land inequality, a large informal economy with low wages and little protection, the regressive burden of inflation, institutional weakness, and instability and, perhaps most importantly, unequal access to education. On this last point, the figures from the WIDE-UNESCO (World Inequality Database on Education) speak for themselves. The difference between the richest and the poorest is evident in completion rates at secondary level (96 percent and 78 percent, respectively) and becomes very significant at tertiary level (66 percent and 12 percent). The gap between the two social groups in tertiary graduation rates is equivalent to 54 percentage points.

22. UNICEF: *Multidimensional Poverty Assessment for the Kyrgyz Republic*, 2020a. The methodology used in this UNICEF study is based on five broad indicators of social deprivation (monetary poverty, education, health, food security, and housing), each with a similar weight (20 percent).

Figure 2.
Inequality. Gini-coefficient (0-100)



Source: WDI-World Bank and NSCK

IV. FINANCING SOCIAL POLICIES

Let us first look at the evolution of budgetary expenditure in the areas (education, health and social protection) that can have the greatest impact on poverty and social development. Kyrgyzstan's social spending, particularly on education and social protection, has shown an increasing trend over the course of this century (trend lines in Figures 3, 4, and 5). However, while this trend was strong in the first decade, it has not continued in the second²³. There is even a regression in the health sector. Despite this, the budgetary weight of social spending has remained quite significant over the last decade. According to national statistics (NSCK data), expenditures over the period 2010-2021 in the three mentioned areas averaged 14.5 percent of GDP and accounted for 47.6 percent of total public spending. Specifically, social protection expenditures accounted for 5.4 percent of GDP and 17.8 percent of total budget spending.

It is worth observing these levels of social spending in Kyrgyzstan in relation to those of other countries in relatively comparable circumstances. To this end, consideration is given to data from UIS-UNESCO (education) and WHO (health) on:

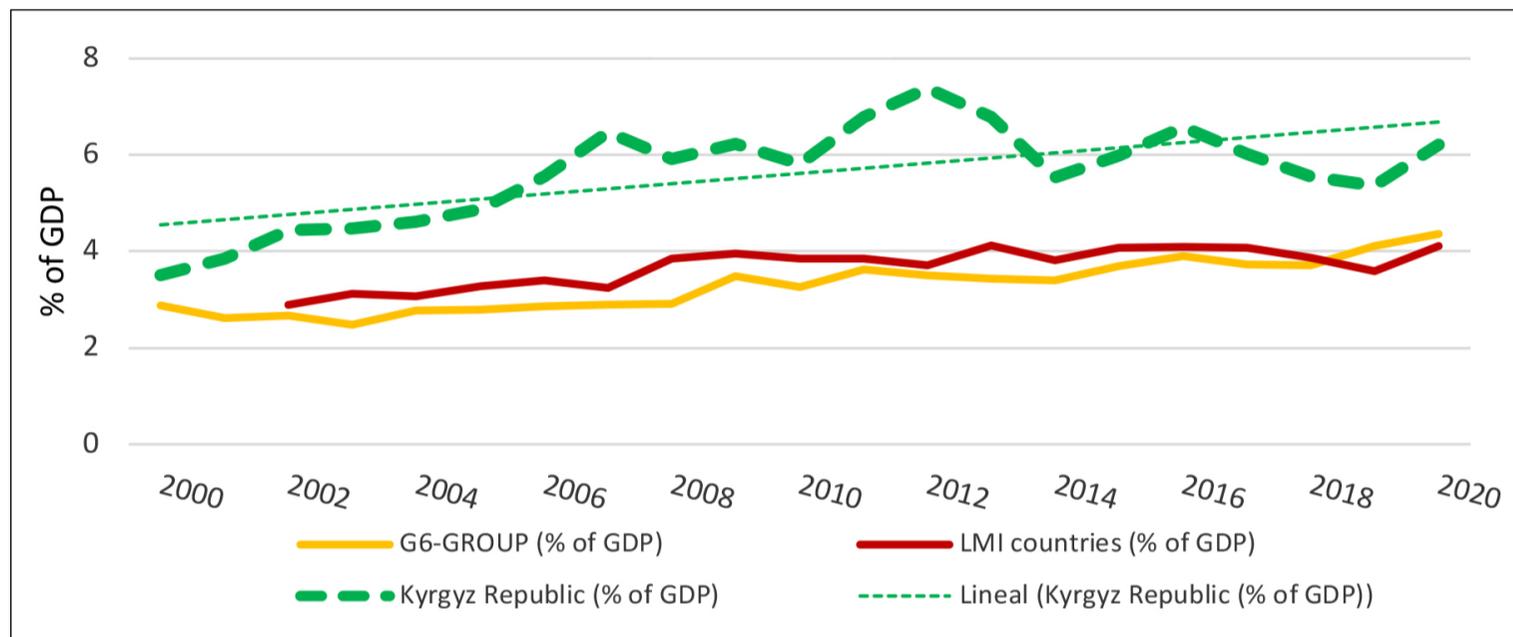
- a group of six Caucasus-Central Asia ex-Soviet countries (hereafter referred to as the G6 group)²⁴.
- as well as the whole group of Lower Middle-Income countries (World Bank criteria) in which Kyrgyzstan has been ranked since 2014 (referred to as LMI).

23. In terms of social outcomes, the very synthetic HDI (Human Development Index) for Kyrgyzstan has risen moderately from 0.640 in 1990 (0.620 in 2000) to 0.701 in 2022 and remains below the Central Asia average (0.731) (UNDP/United Nations Development Programme: "Human Development Report 2023-24", 2024).

24. The group of Caucasus-Central Asia countries is composed of Armenia, Azerbaijan, Georgia, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Tajikistan, and Uzbekistan.

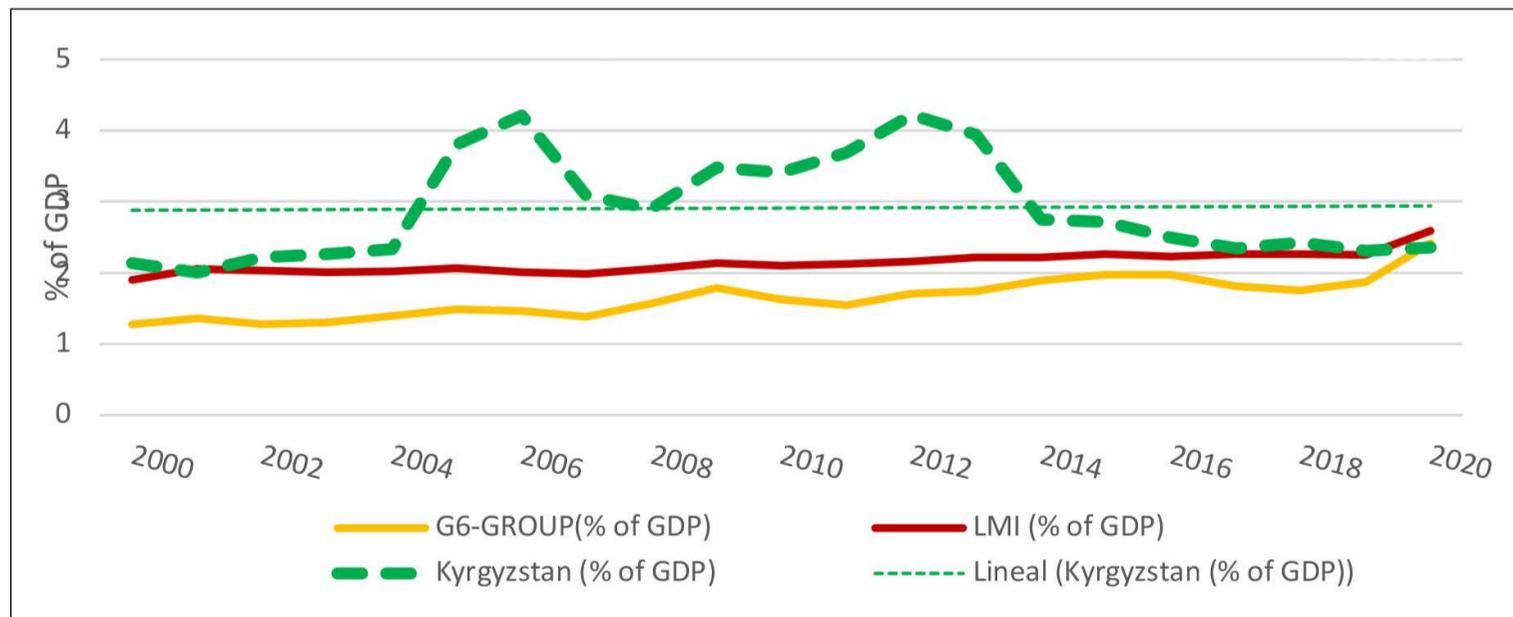
It can be seen (figure 3) that Kyrgyzstan has tended to maintain higher levels of education expenditure than both the G6 and the LMI group²⁵. The picture is different when it comes to the health sector. After a period in which the ratios of health expenditure exceeded those of the G6 and LMI groups, they have levelled off in recent years (Figure 4). The downward trend in this sector is evident in terms of the share of total public budget spending: from 11,03 percent in 2006-2010 to 6,82 percent in 2016-2020 (WHO data).

Figure 3.
 Public expenditure on education as a share of GDP (%)



Source: UNESCO Institute for Statistics (UIS-UNESCO)

Figure 4.
 Public expenditure on health as a share of GDP(%)



Source: WHO data

25. Despite the increasing trend in education expenditure in Kyrgyzstan, learning outcomes improved only slightly and remain relatively low compared to other Caucasus-Central Asia countries. Problems of insufficient quality of teaching and pedagogic methods have been often raised (Dean, B.L.; Hung, W.; Papieva, J. & Muibshoev, A.: *Education for the 21st Century in Kyrgyzstan: Current Realities and Roadmap for Systemic Reform*, University of Central Asia. Education Improvement Programme, 2021).

Some additional indicators for education and health public spending (table 1) may lead to two brief comments: 1) the low comparative level of health in terms of budget allocation; 2) in absolute terms, *per capita* spending in health is slightly above that of the LMI countries, but much lower than in the G6 (Caucasus-Central Asia group)²⁶.

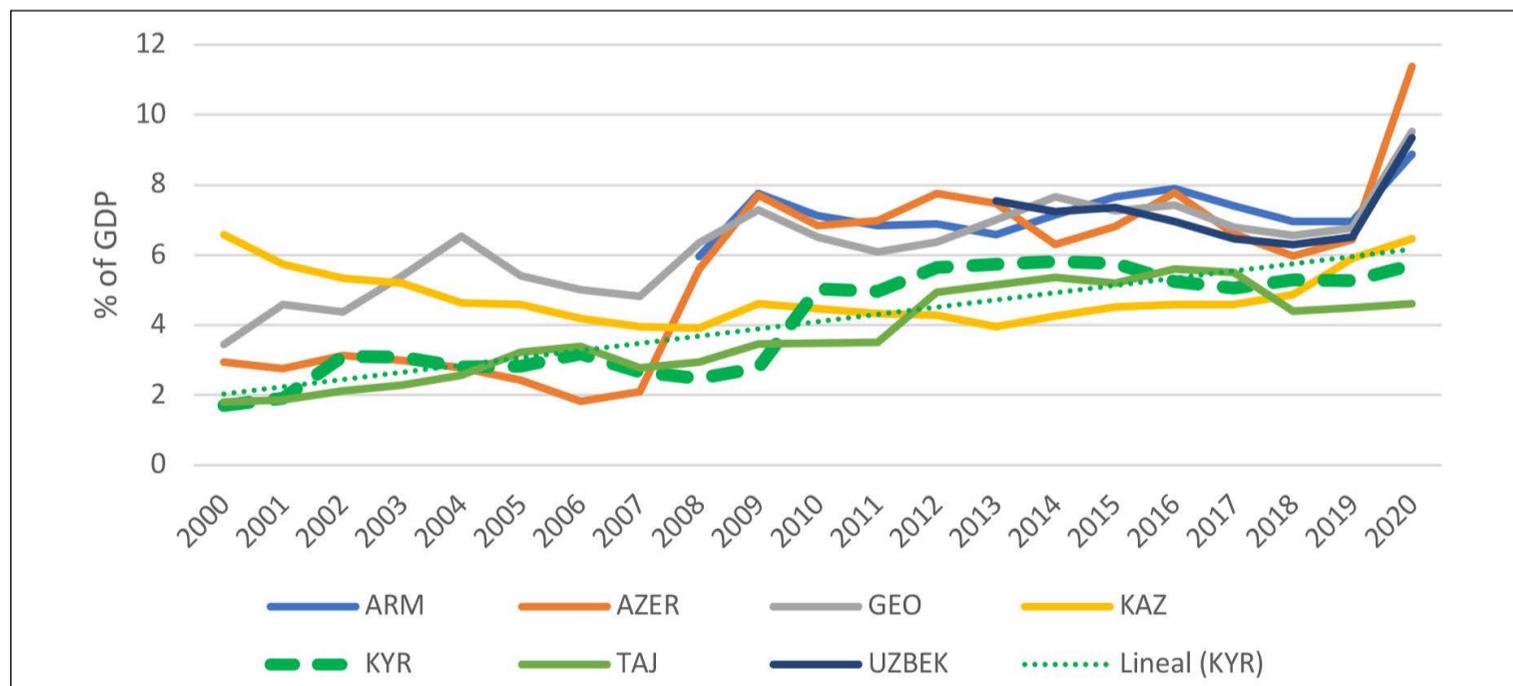
Table 1
 Education and health spending indicators

	Education expenditure/total budget spending (2016-20)	Health expenditure/total budget spending (2016-20)	Public health spending <i>per capita</i> (2016-20) USD PPP
Kyrgyzstan	17.43	6.82	123.5
LMI Countries	15.29	7.74	105.2
Group Caucasus-Central Asia	14.19	7.16	251.8

Source: UIS-UNESCO, WHO

It is more difficult to select international indicators that allow a comparison of social protection expenditure. Here we turn to the Asian Development Bank’s key fiscal indicators²⁷ for Kyrgyzstan and the G6 countries (Figure 5), including social protection expenditure as a ratio to GDP²⁸. Despite the increase in this ratio in Kyrgyzstan, particularly in the first decade of this century, it remains below that of most G6 countries.

Figure 5.
 Public expenditure on social protection (% of GDP)



Source: ADB/Asian Development Bank. Key Indicators for Asia and the Pacific 2022

26. The UIS-UNESCO and WHO figures on the relative budget allocations for education and health in Kyrgyzstan are lower than those reported by the national statistics (NSCK) but are retained to ensure harmonization with the other countries.

27. ADB/Asian Development Bank, “Key Indicators for Asia and the Pacific 2022”, *Economy Tables*, 2022, <https://kidb.adb.org>.

28. The data in figure 5 refer to tax-funded social protection spending, including budget transfers to the pension system but excluding spending of this system funded by social contributions from employers and workers.

Public spending on social protection is largely absorbed by pensions, while funding for specific anti-poverty programmes is weak, with low coverage and impact (see section V). These programmes have proven to be incapable of responding to shocks such as those arising from COVID and the recent high inflation. Low and declining public funding for health, as noted in recent analyses of this sector in Kyrgyzstan²⁹, further complicates the situation. The State Guaranteed Benefits Programme (SGBP) provides free health services, but its coverage and scope are limited, especially for inpatient care and medicines; there are marked rural-urban disparities. The importance of out-of-pocket contributions³⁰ and ‘informal’ payments for access to some services has a serious impact on the most vulnerable households³¹.

The need for increased budget funding seems evident both in health and in the area of anti-poverty social protection. The question is whether fiscal space could be created to meet these financing needs to the extent possible. Options in this sense may exist both on the revenue side and through some expenditure reallocation, despite the country's tight public finance position. Taxation of personal and corporate income remains weak in Kyrgyzstan³². The progressive and redistributive capacity of the Kyrgyz's personal income tax is below that of many comparable countries³³. A reform to address this has been advocated by both international institutions and local experts³⁴. Another key issue would be ensuring revenue from the country's mining resources, following the recent nationalization of the main gold mine (Kumtor). On the spending side, some budget lines carry a disproportionate comparative burden (e.g., public wages). Others, such as the energy subsidies, are not only socially regressive³⁵, but also reduce resources for energy infrastructure renewal³⁶. Rationalizing spending in these two areas could free up resources for other critical national needs.

V. AN INSUFFICIENT SOCIAL PROTECTION SYSTEM

A. System development and configuration

The Soviet welfare system that Kyrgyzstan inherited was very broad in its distribution of benefits, with criteria based on age and work history rather than poverty. Approximately

29. WHO/World Health Organization: *Health financing in Kyrgyzstan: obstacles and opportunities in the response to COVID-19*, Copenhagen: WHO Regional Office for Europe, 2021.

30. A significant part of the current health expenditure (40.6 percent in 2021, WHO/World Health Organization) is borne by households at the national level.

31. Jakab, M.; Akkazieva, B. & Habich, J.: *Can people afford to pay for health care? New evidence on financial protection in Kyrgyzstan*, Copenhagen, WHO Regional Office for Europe, 2018.

32. According to an OECD study (OECD: “Revenue Statistics in Asia and the Pacific: Strengthening Tax Revenues in Developing Asia”, 2022), total taxes on income and profits in Kyrgyzstan accounted for 21.7 percent of public revenues (excluding social contributions) in 2020, the lowest level in Asia after Laos.

33. IMF. “Revenue mobilization for a resilient and inclusive recovery in the Middle East and Central Asia”, DP/2022/013, 2022. The IMF study refers to 32 countries in northern Africa, the Middle East, the Caucasus, and Central Asia.

34. Ismailakhunova, S.: “Shall High Income Earners Pay More Taxes in The Kyrgyz Republic”, *Ege Academic Review*, vol. 14 (4), 2014, pp. 499-507.

35. IMF/International Monetary: “Kyrgyzstan: 2019 Art IV consultation, Selected issues, Report no. 19/209”, *Kyrgyz Republic: unleashing the potential of the electricity sector*, 2019.

36. IEA/International Energy Agency: “Kyrgyz Republic Energy Profile 2020”, 2021.

half the population received pensions or family allowances, largely funded by transfers from the Soviet Union. When these disappeared, the system became unsustainable, and the independent government had to make substantial budget cuts. Between 1991 and 1992, spending on family allowances fell from 6.7 to 2.6 percent of GDP, and spending on pensions fell from 7 to 3.6 percent of GDP³⁷. Years of widespread social deprivation and rising poverty followed.

Since 1995, in a more stable fiscal context, an attempt was made to build a new social protection system while retaining some features of its Soviet predecessor. A new Pensions Act (1997) raised the retirement age and introduced, together with a basic pension component, notional pensions linked to the active life contributions of their beneficiaries. A law on state benefits was adopted in 1998. It introduced the first poverty-targeted social assistance programme, the Unified Monthly Benefit (UMB), for families with children and a (mean-tested) income below a guaranteed minimum income (GMI). The same law created the Monthly Social Benefit (MSB), payable to various vulnerable groups regardless of income (disabled people, orphans, mothers with large families, elderly people not entitled to a pension). During the same period, various laws reinstated the so-called *privileges*, a legacy of the Soviet period, which were also granted irrespective of income. This type of support was reserved for special categories of citizens (war veterans, concentration camp survivors, Chernobyl liquidators, people living in mountainous areas, etc.). *Privileges* initially consisted of discounts on public utilities, housing, health services, etc.

With some partial reforms, the above social protection principles have been maintained to date. The retirement age has been subject to legislative changes that have lowered or raised it (currently 63 for men/58 for women, as set in 1997). The 1998 law on state benefits was amended in 2009. In an attempt to address the low impact and coverage of the UMB, it was renamed the monthly benefit for poor families (MBPF) and focused more on extremely poor families. The 2009 law also sought to reduce the significant number of inclusion and exclusion errors found in both the previous UMB and the MSB. Since 2010, in-kind *privileges* have been monetised, adding to the already high cost of what is, in practice, an opaque part of the social protection system. Despite a significant reduction in the number of categories covered, expenditure on *privileges* in 2012 was higher than both MBPF and MSB. Its freezing in the same year and demographic factors (the advanced age of beneficiaries) have reduced the financial burden of this categorical type of assistance.

Regarding the MBPF, the main anti-poverty instrument, the results of the 2009 legal reforms were rather ineffective. Its eligibility coverage continued to decline due to the very low level of the established GMI (guaranteed minimum income), well below the extreme poverty line. Means-testing failures and significant targeting errors continue to affect its adequacy. Its amount, which is related to the GMI, did not cover the basic needs of beneficiaries³⁸. In 2015, the GMI was revised and set at 50 percent

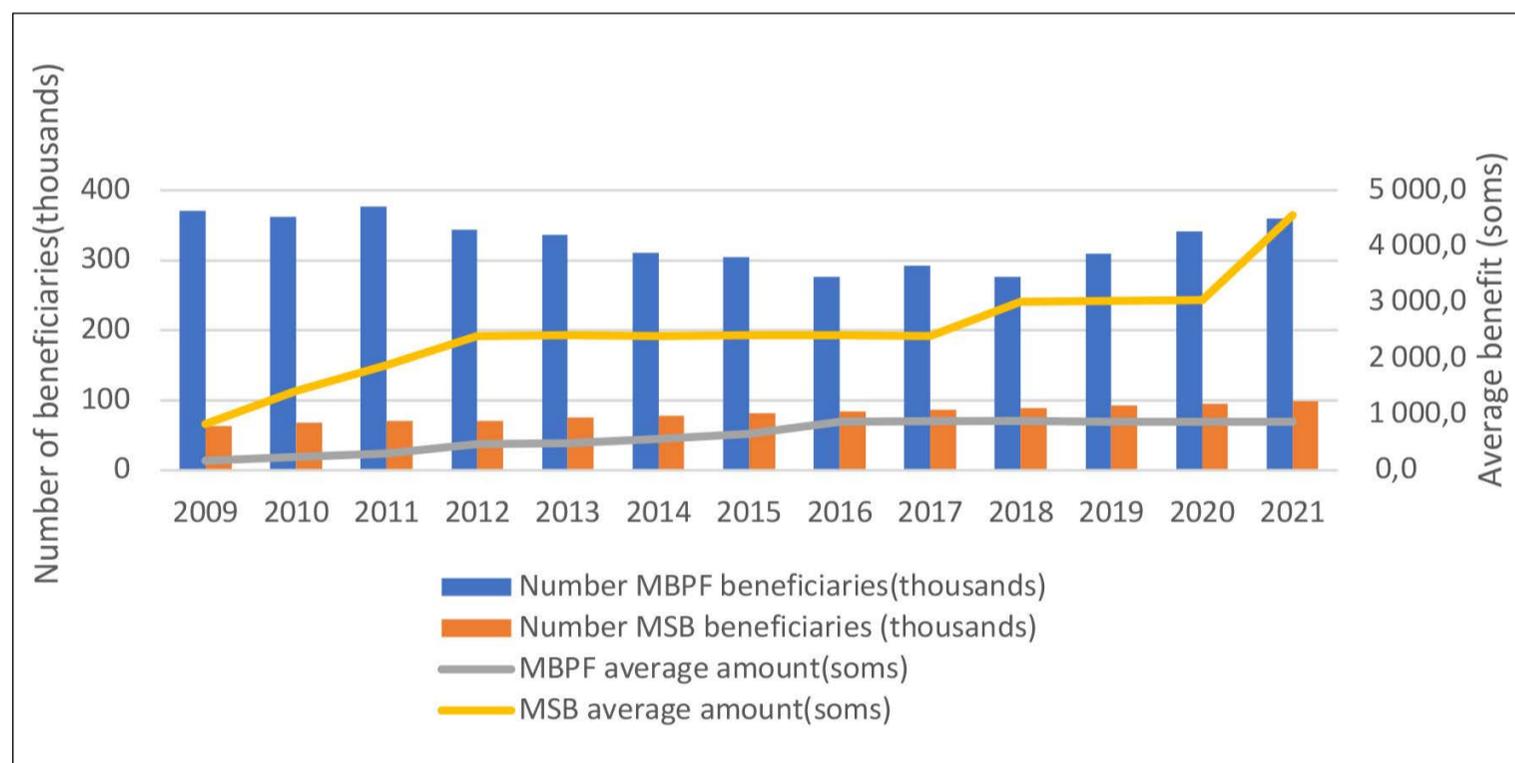
37. World Bank: "Kyrgyzstan - Social protection in a reforming economy", report num. 11535-KG, 1993.

38. Gassmann, F. & Zardo, L.: "Kyrgyz Republic. Analysis of Potential Work Disincentive Effects of the Monthly Benefit for Poor Families in the Kyrgyz Republic", World Bank Report no. 99776 KG, 2015.

of the extreme poverty line, and the amount of the MBPF benefit was fixed at the GMI level; however, this non-legislative measure has subsequently depended on budget availability, and the MBPF amount has been slightly below the GMI since 2016.

In contrast to the MBPF, the coverage of the MSB increased relatively quickly (58 percent increase between 2005 and 2015). Its budgetary cost was higher than that of the MBPF until 2015. The amount of the MSB varies between different beneficiary groups, but on average, it tends to be significantly higher than the MBPF (approximately three/ four times recently) (figure 6). The larger amounts of MSBs are received by some groups of children or adults with disabilities. The coverage of these groups is otherwise affected by inclusion and exclusion errors due to unequal access and non-transparent practices in the medical certification process³⁹. The MSB old-age allowance (for the unpensioned elderly) is meagre, several times lower than the average Social Fund pension.

Figure 6.
Number of beneficiaries and average amount of benefit (MBPF and MSB)



Source: NSCK

Further changes to the legal framework of social assistance were introduced by a new law on state benefits, which was adopted in 2017. The main novelty of this law was the abolition of means-tested targeting of the MBPF, thus adopting a universal approach. After an intense debate involving both local (including the Parliament) and foreign actors (notably the IMF⁴⁰ and the World Bank), the law was amended in 2018 to conform to a system with two types of benefits for families with children:

39. OECD: *Social Protection System Review of Kyrgyzstan*, OECD Development Pathways, 2018.

40. In December 2017, the IMF introduced the following benchmark in the review of its Extended Credit Facility: "Submit to Parliament amendments to the recently adopted Law on State Subsidies of the Kyrgyz Republic (introducing the universal child allowance) to restore targeting to the most vulnerable". The results of a simulation study coor-

- The Monthly Benefit for Poor Families with Children (MBPF), called now *Ui-Bu-logo Komok* (UBK) in Kyrgyz, again targeted according to income and asset eligibility criteria; its amount, unchanged between 2016 and 2021⁴¹, continues to be adjusted for residence in the highlands.
- A one-off birth grant for all newborns, called *Balaga Suyunchu* (BS) in Kyrgyz.

As explained earlier, the COVID-19 pandemic worsened the socioeconomic conditions of a large part of the Kyrgyz population, especially those not covered by social insurance or social assistance. The government, and local private and foreign aid funds had to mobilize various palliative measures, ranging from monetary compensation to food aid. The relief was rather evenly distributed across the socioeconomic strata, with 11 percent of all households receiving it (but just 16 percent of the poorest consumption quintile)⁴². This support has not prevented the sharp increase in poverty levels observed in 2021 and 2022. The impact of recent shocks, including high inflation (14,7 percent in 2022 and 7,3 percent in 2023), has raised serious warnings about the capacity of national social protection systems. As a primary reaction, the amounts of many social benefits increased significantly at the end of 2021 and in 2022. The most favoured were again the majority of MSB recipients, with increases generally of 100 percent of the previous amounts. MBPF-UBK was raised from 810 Soms to 1.200 Soms (about 13.2 €).

B. Scope and challenges of the current antipoverty policy

To take stock of the effectiveness of Kyrgyzstan's national poverty reduction schemes, issues related to their coverage, adequacy, income impact and financing can be examined. Attention needs to be focused on the characteristics of the MBPF-UBK, which is the only programme with a primary anti-poverty objective. However, the role of other welfare schemes, especially pensions, must also be considered. Let us look briefly at some factual aspects of the above issues:

- Coverage. The MBPF-UBK is provided to just over 14 percent of the country's children. This is less than half the proportion of children (under 18) living in poverty in 2020 (31.8 percent, NSCK data). It has been estimated that almost 60 percent of children in the poorest quintile are excluded from the benefit⁴³.

minated by WFP (WFP/World Food Programme: "Changing the law on state benefits. The impact of lifting the Monthly Benefit for Poor Families (MBPF) in the Kyrgyz Republic", 2018) predicted unfavourable consequences of the 2017 universal approach, both in terms of poverty and food security. Other elements of the debate between the option of universal aid and that of selective aid, subject to targeting, appear in these divergent documents of two other international bodies: 1) World Bank: "Recent developments in improving targeting and administration of social assistance programs in Kyrgyz Republic and a proposed roadmap", 2018; 2) UNICEF: "Universal Child Grant Benefit Studies: The Experience of the Kyrgyz Republic", 2019.

41. The MBPF-UBK amount (810 Soms) remained below the GMI, which increased from 900 (2016) to 1,000 Soms in 2019. It was also well below the extreme poverty line (2,544 Soms in 2021). 1 Som is approximately equivalent to 0.011 €.

42. WFP/World Food Programme: "Poverty, Food Security and Nutrition Analysis in the Kyrgyz Republic", 2021.

43. Gassmann, F. & Timar, E.: *Scoping study on social protection and safety nets for enhanced food security and nutrition in the Central Asia region. Country report: the Kyrgyz Republic*, World Food Programme, 2018.

Geographically, high poverty areas such as Jalalabad, Batken and Naryn have the highest proportions of households benefiting from MBPF-UBK. However, it is largely absent in urban areas such as Bishkek⁴⁴, where high levels of extreme poverty are known to have occurred during the 2020-21 shock.

- Between 2019 and 2021, the number of poor people increased by 71 percent (NSCK data), while the number of MBPF-UBK beneficiaries only increased by 16.5 percent. This reveals the persistent rigidity and drawbacks of means-testing methods, which encouraged their suppression in 2017. The need to adapt and refine targeting methods was evident when they were reinstated in 2018.
- Adequacy. Some remarks have already been made about the scanty level of the MBPF-UBK and its historic benchmark, the GMI. The legal changes adopted in 2018 provide that “the guaranteed minimum income shall be close to the average annual amount of the subsistence minimum”⁴⁵. The MBPF-UBK amount, even after the increase approved in 2022, is very far from this goal. It is equivalent to 19.7 percent of the 2022 subsistence minimum for children under 18 years of age. This level is not conducive to escaping poverty and food insecurity. There is also a significant gap in the amount of the MBS for unpensioned elders: 31.3 percent of the 2022 subsistence minimum for the population of retirement age.
- Impact. In 2021, income from social transfers (mainly MBPF-UBK and MSB) accounted for 4.25 percent of the total income of the poorest household quintile; pensions accounted for 18.1 percent (NSCK data). It is estimated that in 2018, MBPF-UBK reduced the incidence of child poverty by 1.2 percentage points and the overall poverty rate by 0.6 percentage points⁴⁶. This is a much smaller impact than that of pensions, which are estimated to reduce the poverty rate by an average of 20 percentage points⁴⁷. With a large coverage of the elderly population and a relatively high average amount (121.6 percent of the subsistence minimum at the end of 2022), pensions are the key factor in poverty reduction⁴⁸.
- Funding. The social benefits budget accounted for 29.2 percent of the total social protection expenditure of the Kyrgyz government in 2021. Most of this total expenditure consisted of budget transfers to the Social Fund⁴⁹ to finance the basic component of pensions and other costs (in particular non-contributory pensions for military personnel). The implemented budget shares of the

44. Only 2.3 percent of households are covered by MBPF-UBK in urban areas (WFP/World Food Programme, 2021, *op. cit.*). In Bishkek, 9.8 per cent of the total population lived in extreme poverty in 2021 (NSCK).

45. The subsistence minimum level is the value of the basic package of food and non-food goods and services needed to live and be healthy. It is estimated quarterly for different population groups.

46. UNICEF: *Position paper on targeting options for social assistance programme for poor families with children*, 2020b.

47. WFP/World Food Programme, 2021, *op. cit.*

48. Nevertheless, 43 percent of Social Fund pensions were below the subsistence level at the end of 2022, some of them significantly (Social Fund: *Pensioners receiving pensions below and above the pensioner's minimum subsistence level*, 2023).

49. Complementing the insufficient revenue from social contributions (employers and employees), budget transfers financed 39.2 percent of Social Fund expenditure in 2021, equivalent to 8.4 percent of GDP.

main social benefits in 2021 were as follows: 35.6 percent to the MBPF-UBK, 5.6 percent to the universal birth grant, 38.9 percent to the MSB and 11.0 percent to the compensation of *privileges*⁵⁰. The weight of the latter has fallen sharply over the last decade⁵¹. As far as MBPF-UBK and MSB are concerned, there is a slight increase in their weight in terms of GDP: from 0.49 percent and 0.55 percent, respectively in 2011, to 0.53 percent and 0.57 percent in 2021. Together with other lines (universal birth grant, monetised *privileges*, funeral benefits, boarding houses, administrative costs, etc.), the total expenditure on social assistance amounted to 1.72 percent of GDP in 2021. Spending on active labour market measures for vulnerable groups (including public works) has remained marginal⁵².

- Challenges. Overall, a better balance between contributory and non-contributory schemes and, within the latter, between categorical and poverty lines seems suitable. The possible changes are politically complex, given the existing fiscal and sociohistorical constraints (acquired rights). In general terms, the aim would be to achieve a more progressive, efficient, and less fragmented social protection system. More specifically, the main challenges identified in reviews by various international organisations, can be summarised as follows:

The important anti-poverty role of pensions must be preserved. However, their fully budget-financed basic component should be redesigned to be consistent with non-contributory schemes. One option that has been suggested would be to replace the basic pension and the MSB for seniors and disabled adults with a universal, budget-financed social pension⁵³. The level of such a pension would have to be socially adequate but also financially sustainable. The burden on the state resulting from the current pension structure may be difficult to sustain in the future, unless strong measures are taken. Among them: greater formalisation of the economy and employment⁵⁴, or reducing the burden of non-contributory military pensions⁵⁵.

In the area of non-contributory social benefits, equity criteria should be more prominent. While the financial burden of *privileges* has been significantly reduced, there is still a significant gap between the amounts allocated under the MSB and those under the MBPF-UBK. The latter remains largely disconnected from the subsistence minimum, although the 2018 State Benefits Act was intended to establish a link between them. In addition to increasing its value, the currently limited coverage of MBPF-UBK needs to be expanded. All this would, of course, entail higher costs, but these could be properly calibrated without dramatically disrupting social assistance budgets. The

50. Ministry of Finance of the Kyrgyz Republic: *Explanatory note to the report on state budget execution of the Kyrgyz Republic for 2021*, 2022.

51. The ratio of *privileges* to GDP was 0.93 percent in 2011 and 0.16 percent in 2021.

52. ILO/International Labour Organization: *Diagnostic report Transition from informal to formal employment: Extension of social protection schemes (maternity and unemployment) in Kyrgyzstan*, 2023.

53. OECD, 2018, *op. cit.*

54. ILO/International Labour Organization, 2023, *op. cit.*

55. OECD, 2018, *op. cit.*

question is whether there are effective anti-poverty instruments in national social protection policies. Pensions help many extended families, but they do not exist or provide tiny amounts in vulnerable situations.

The effectiveness of poverty reduction assistance also depends crucially on the accurate design and implementation of targeting procedures. The latter have been identified as deficient in Kyrgyzstan, and technical efforts are underway to improve them. The prevalence of informal jobs in the country means that some sources of household income may not be verifiable and captured by traditional means-testing methods. In addition, some targeting criteria used thus far in Kyrgyzstan may exclude some of the poorest households⁵⁶. There may be different options for refining targeting methods⁵⁷, but the one chosen should be well suited to the Kyrgyz social and institutional context. Another critical factor is the available public capacity to manage the whole cycle of the system: from the collection and processing of information through the targeting and implementing phases to the monitoring and evaluation of results. These capacities need to be developed at both national and local levels, with a coherent division of responsibilities between them⁵⁸. The existing information tools, particularly the so-called 'household social passport', need to be improved (with IT resources) and linked to other social databases. A better organized administration of benefits must ensure easy access for claimants, fairness, and transparency in the delivery of benefits. The existing periodic Kyrgyzstan Integrated Household Survey (KIHS) could be used for regular monitoring and evaluation⁵⁹.

As a complement to anti-poverty policies, active labour market programmes can promote the productive inclusion of jobless and poor households. In addition to the extension of existing programmes (*ad hoc* vocational training and public works on local infrastructure), other initiatives are emerging to graduate these households from social assistance to employment or self-employment. Among these, it is worth highlighting the 'social contract' programme, which supports income-generating activities for selected low-income families, in principle MBPF-UBK beneficiaries. The social contract is an agreement between these families and the government, whereby the former receive a cash grant to start productive activities, combined with training and coaching to develop a business plan. Other employment initiatives aim to reintegrate migrant workers.

56. The OECD report (2018) mentions the case of poor households with some land who are excluded from the MBPF, even if they are unable to use their plots. Other problems are related to the complicated and costly process of applying for benefits.

57. Grosh, M.; Leite, P.; Wai-Poi, M. & Tesliuc, E. (eds.): *Revisiting Targeting in Social Assistance: A New Look at Old Dilemmas*, World Bank, 2022, doi:10.1596/978-1-1814-1. This study suggests the HMT (hybrid means test) for Kyrgyzstan. Under this method, in addition to the verifiable part of the income, another part can be imputed according to sociodemographic indicators.

58. In 2018, it was decided to transfer the responsibility for collecting and processing MBTF-UBK applications from local authorities to the district offices of the relevant ministry, with the former retaining other cooperation tasks. Unfair practices and even corruption in the selection of beneficiaries at the local level had been identified by the central services (Gassmann & Timar, 2018, *op. cit.*). According to recent reports, 'informal' payments to obtain social assistance benefits have continued (UN Human Rights Commission, "Document A/HRC/53/33/Add.1", 2023).

59. UNICEF, 2020b, *op. cit.*

VI. CONCLUDING REMARKS

After a difficult post-Soviet transition in the 1990s, Kyrgyzstan's economy has been recovering since the turn of the century, allowing for favourable but uneven trends in poverty reduction. However, the economy remains vulnerable to exogenous factors such as climate, migrant remittances, and international gold markets. While poverty has tended to decline over the last two decades, it has increased lately, mainly because of the COVID-19 pandemic and its consequences (job insecurity, high inflation, etc.). Poverty has traditionally been concentrated in rural areas, but urban poverty has recently risen significantly.

To address the social deterioration of the post-independence years, the national government reintroduced a welfare model, albeit much less generous than in the Soviet era. A key component of this model is the pension system, which covers a large proportion of the elderly population. The non-contributory social assistance component consists of both categorical and poverty-targeted grants, which together reach a relatively small proportion of the population. The whole model is subject to acute financial constraints. The deficit in the contributory pension system is financed by increasing government transfers, which limits the scope for public spending on the social assistance component. Within the latter, spending on benefits for some categories of the population remains higher than on programmes targeting poverty. The result of this scenario is that, despite the role of pensions in reducing poverty, many households, including the most vulnerable, are left behind in terms of social protection. Their situation is aggravated by the limited scope and coverage of free public health services.

Kyrgyzstan's public finances are under pressure. Revenue collection is relatively robust but not sufficient to avoid public deficits and rising debt. Even within this tight framework, fiscal space could be created for some national social priorities. Options in this sense may exist both on the tax side and through some expenditure reallocations. Among the policy areas that could benefit from these fiscal adjustments, poverty reduction should take a prominent place. The effectiveness of Kyrgyzstan's national pro-poor schemes has thus far been insufficient in terms of coverage, adequacy, income impact, and financing. The weight of these schemes in the social protection system should be increased to achieve greater progressivity. A better balance between contributory and non-contributory benefits seems suitable. Poverty-targeted benefits should form a key part of non-contributory social assistance. However, such distributional changes, as well as those related to taxation, challenge deep-rooted interests and may be politically complex.

Bibliography

- Atamanov, A. & Van den Berg, M.: "Participation and returns in rural nonfarm activities: evidence from the Kyrgyz Republic", *Agricultural Economics*, num. 43, 2012, pp. 457–469.
- Gassmann, F. & Timar, E.: *Scoping study on social protection and safety nets for enhanced food security and nutrition in the Central Asia region. Country report: the Kyrgyz Republic*, World Food Programme, 2018.
- ILO/International Labour Organization: *Social Protection Assessment-Based National Dialogue. Towards a Nationally Defined Social Protection Floor in the Kyrgyz Republic*, 2017.
- ILO/International Labour Organization: *World Social Protection Report 2020–22: Social protection at the crossroads - in pursuit of a better future*, Geneva, 2021.
- ILO/International Labour Organization: *Diagnostic report Transition from informal to formal employment: Extension of social protection schemes (maternity and unemployment) in Kyrgyzstan*, 2023.
- ILOSTAT/ International Labour Organization: Statistics, <https://ilostat.ilo.org/>.
- International Organization for Migration (IOM): *Mapping Report of the Kyrgyz Diaspora*, Bishkek, 2022.
- Kayani, F.N.: "Role of foreign remittances in poverty reduction: A case of poverty-ridden Kyrgyzstan", *Pakistan Journal of Commerce and Social Sciences*, vol. 15, issue 3, 2021, pp. 545-558.
- Life in Kyrgyzstan study, <https://lifeinkyrgyzstan.org/>
- Mogilevskii, R.; Abdrazakova, N.; Bolotbekova, A.; Chalbasova, S.; Dzhumaeva, S. & Tilekeyev, K.: *The outcomes of 25 years of agricultural reforms in Kyrgyzstan*. Discussion Paper num. 162, IAMO-Leibniz, 2017.
- NSCK/National Statistical Committee of the Kyrgyz Republic, <https://stat.kg/en/statistics>
- OECD: *Social Protection System Review of Kyrgyzstan*, OECD Development Pathways, 2018.
- UIS-UNESCO Institute for Statistics, <http://data.uis.unesco.org/>
- WDI/World Development Indicators, World Bank, <https://databank.worldbank.org/>.
- WHO/World Health Organization, <https://www.who.int/data/data-collection-tools/>
- WIDE-UNESCO. *MICS-Multiple Indicator Cluster Survey*, 2014. <https://en.unesco.org/gem-report/wide-inequalities-education>.



Estudios jurisprudenciales



Régimen jurídico del teletrabajo. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de septiembre de 2023 (rec. 260/2021)*

LEGAL STATUS OF TELEWORKING. COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE SUPREME COURT, SOCIAL CHAMBER, OF 19 SEPTEMBER 2023 (REC. 260/2021)

Francisco Carmona Pozas

Magistrado emérito (j)

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Social

f.carmonapozas@poderjudicial.es  0009-0005-0174-6407

Recibido: 23.05.2024 Aceptado: 01.06.2024

RESUMEN

Motivado por una legislación coyuntural de urgencia, en especial el Real Decreto-ley 8/2020, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del "Covid-19" y el Real Decreto-ley 28/2020 de trabajo a distancia, la sentencia de referencia despliega un interesante estudio a partir de su conflicto central, cifrado en un diferente tratamiento empresarial de sus trabajadores en orden al cómputo del tiempo carente de actividad productiva debido a desconexiones que impidan la prestación, incidencia imputable a la empresa suministradora. Del mismo tenor litigioso se plantea el cómputo del tiempo para atender las necesidades fisiológicas de los trabajadores, excluibles del resto de descansos y computables de forma autónoma. El sindicato accionante dedujo demanda de conflicto colectivo frente a la empresa, reclamando como "tiempo de trabajo" aquella incidencia debidamente acreditada (interrupción de suministro) e igualmente pausa autónoma y tiempo de trabajo efectivo computable en los supuestos de necesidades fisiológicas.

ABSTRACT

Motivated by emergency legislation, in particular Royal Decree-law 8/2020 on extraordinary urgent measures to deal with the economic and social impact of 'Covid-19' and Royal Decree-law 28/2020 on teleworking, the judgement in question carries out an interesting study based on its central conflict, which consists of a different treatment by the company of its workers with regard to the calculation of time without productive activity, due to disconnections that prevent the provision of services, which is an incident attributable to the supplying company. The same contentious issue arises with regard

PALABRAS CLAVE

Teletrabajo
Paridad con el trabajo presencial
Regulación colectiva
Reversibilidad
Incidencias

KEYWORDS

Teleworking
Parity with face-to-face work
Collective regulation
Reversibility
Incidents

* Este estudio jurisprudencial no se ha llevado a cabo en el seno de proyecto o grupo de investigación alguno.

to the calculation of time to attend to the physiological needs of the workers, which can be excluded from the rest of the rest breaks and can be calculated independently. The claimant trade union filed a collective dispute claim against the company, claiming as 'working time' the duly accredited supply interruption, as well as autonomous breaks and effective working time that can be taken into account in cases of physiological needs.

SUMARIO

- I. TEMA PLANTEADO
 - A. Evolución del recurso de casación
 - B. La sala del tribunal supremo, sala de lo social
- II. COMENTARIO
- III. ANÁLISIS TEMÁTICO
- IV. EFECTOS DOCTRINALES
- V. REFLEXIONES SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
- VI. REGLAS COMPLEMENTARIAS Y VÍA PROCESAL LABORAL
- VII. EPÍLOGO
 - Bibliografía consultada

I. TEMA PLANTEADO

La Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras presentó demanda de conflicto colectivo frente a la empresa Extel Contact Center, S.A.U., con los interesados que constan, solicitando declarase la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que: "En caso de producirse dentro de la jornada prestada en teletrabajo incidentes debidos a desconexiones que impidan la prestación, por ser imprescindibles para la misma, como cortes en el suministro de luz o conexión de internet, ajenos a las personas trabajadoras, la empresa compute el tiempo que dure aquel como tiempo efectivo de trabajo, sin que deban recuperar ese tiempo ni sufrir descuento alguno en sus retribuciones, siempre y cuando se aporte justificación de la empresa suministradora del servicio de que se trate sobre la existencia y duración de la incidencia". Al mismo tiempo, se reclamaba "el derecho del personal que presta sus servicios para la demandada al uso del lavabo para atender sus necesidades fisiológicas por el tiempo imprescindible y la correlativa obligación de la empresa de registrar estas pausas de forma separada del resto de descansos y pausas contempladas en el convenio colectivo de Contact Center".

La Sala de instancia, con fecha 20 de mayo de 2021, dicta sentencia estimando la demanda interpuesta, acoge la pretensión deducida "siempre y cuando se aporte justificación de la empresa suministradora del servicio de que se trate sobre la existencia y duración de la incidencia". Del mismo modo, declara "el derecho del personal que presta sus servicios para la demandada al uso del lavabo para atender sus necesidades fisiológicas por el tiempo imprescindible y la correlativa obligación de la empresa de registrar estas pausas de forma separada del resto de descansos y pausas en el convenio colectivo de Contact Center".

A. Evolución del recurso de casación

El recurso de casación interpuesto por la empresa se fundaba en la existencia de un “acuerdo marco de teletrabajo” suscrito entre CC.OO. y la representación empresarial con fecha 12 de marzo de 2020, “garantizando una serie de condiciones laborales a los trabajadores, dado el carácter de urgencia con motivo del COVID-19, pudiéndose llevar a cabo así la realización de la jornada laboral, en la modalidad de teletrabajo”.

En defensa de sus intereses, la empresa aduciría que los trabajadores afectados por el conflicto no estaban bajo la regulación del Real Decreto-ley 28/2020, regidos expresamente por el citado acuerdo de 12 de marzo de 2020, que nada indicaba respecto a las incidencias en el suministro de luz o de la red de los domicilios de los teletrabajadores que fuere computado tiempo efectivo de trabajo. En consecuencia, denunciaban infracción del artículo 30 ET en relación con el artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Concluía la empresa recurrente, ante la evolución del conflicto, que “En definitiva, entiende que se está ante un conflicto de intereses y no de interpretación, entendiéndose que es la negociación colectiva la que debe determinar lo que la parte pretende y ha estimado la sentencia recurrida”.

B. La sala del Tribunal Supremo, sala de lo social

1. Rechaza la calificación “jurídica” del conflicto “[p]or cuanto no se está pretendiendo que se compensen los gastos derivados para la persona trabajadora, sino de poner a disposición del trabajador los medios precisos para que pueda atender la actividad laboral, señalando, como recoge la STS 532/2021 (rec. 183/2019), la reiterada doctrina que la Sala ha establecido en relación con los conflictos colectivos de intereses en contraposición a los conflictos colectivos jurídicos o de interpretación, propio de la modalidad procesal que aquí se ha activado...” pues lo que se cuestiona es la existencia, el alcance, el contenido o los sujetos de una relación jurídica establecida por la ley o por el convenio colectivo, o afectada por decisión o práctica de empresa, a diferencia del conflicto de intereses o económicos cuya finalidad es la modificación del orden jurídico preestablecido que solo puede ser superado por la actividad negociadora de las partes. En todo caso, deja sentado la sentencia tratarse de un planteamiento novedoso no integrado en el debate suscitado en la instancia, e impertinente ahora.
2. Que el acuerdo alcanzado el día 12 de marzo de 2020, durante la situación de pandemia entre la empresa y la representación de CC.OO., es un acuerdo que se adapta con motivo del Covid-19 y en atención al mandato del artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020 que, como recuerda la disposición tercera del Real Decreto-ley 28/2020, generó una situación en la que, a partir de entonces,

hizo especialmente urgente y necesaria la protección y certeza de los trabajadores en las situaciones de trabajo a distancia implantadas, lo que provocó el dictado del Real Decreto-ley 28/2020, según refiere su exposición de motivos. En todo caso, afirma la sentencia: “Las empresas estarán obligadas a dotar de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario”. Como afirmaría la sentencia de instancia, “si en el trabajo presencial las incidencias en el suministro de luz y red no tienen repercusión alguna sobre el trabajador, no puede hacerse de peor condición a los trabajadores a distancia en atención al mandato del artículo 4.1 del Real Decreto-ley 28/2020”.

3. Reitera la Sala por inviable el acuerdo colectivo de marzo de 2020, calificable de excepcional y vigente mientras existiera el Covid-19, de forma que ello no impide que, superada ésta, las normas legales que impuso del Real Decreto-ley 28/2020, en materia de trabajo a distancia, deben ser aplicadas, sin perjuicio de que los ámbitos en los que la negociación colectiva entre en juego, deban ser atendidos por ella.
4. En relación con el argumento de que la empresa no ha negado el derecho de estos trabajadores de acudir al cuarto de baño para atender sus necesidades fisiológicas, entiende, por el contrario, que no está obligada a conceder otros descansos a los fijados en el convenio colectivo de Contact Center, sin que resulte admisible, conforme al artículo 54 del convenio, imputar ese tiempo al dedicado a la comida o pausa visual, como existe en determinado centro de trabajo en la ciudad de Málaga, señalando que tal precepto se destina a la prevención, seguridad y salud en el trabajo, ex artículos 4.2.d) ET y 40.2 CE, entendiéndose que la situación que aquí se está cuestionando en su identificación dentro de la jornada laboral, es materia que afecte a la salud e higiene del trabajador y que provoca la necesidad de una pausa en el trabajo, evidente que tales necesidades fisiológicas no vienen determinadas por el desarrollo de la actividad laboral, de ahí su desconexión con las pausas ligadas a la organización del sistema productivo. Concluye la Sala que “aquí no se está cuestionando el derecho del trabajador de atender sus necesidades fisiológicas durante la jornada laboral que, además, todas las normas internacionales, europeas y nacionales, viene recogiendo mediante las condiciones e instalaciones que el empleador debe proporcionar en el lugar de trabajo a tal efecto; lo que se está cuestionando –reitera– es cómo debe tratarse el tiempo que el trabajador acuda al aseo para atender dichas necesidades que, como refiere la sentencia recurrida, deben ser cubiertas por ser básicas y esenciales para el ser humano, sentado que la empresa ha dado un distinto tratamiento a la misma situación, en alguna de sus plataformas productivas (en Málaga) valorando ese tiempo de una forma diferente al resto, sin que se acredite ninguna justificación para ello y, como la sentencia recurrida reconoce, “el uso del lavabo para atender sus necesidades fisiológicas por el tiempo imprescindible y la correlativa obligación de la empresa de registrar estas pausas de forma

separada del resto de los descansos y pausas contempladas en el convenio colectivo de Contact Center”.

II. COMENTARIO

De alguna manera, el teletrabajo es otra forma de configurar una relación laboral subsumible, sin otras consideraciones, en el marco del artículo 1 ET. Aquí, en nuestro caso, adquiere especial autonomía y protagonismo el mundo diverso y profuso de las comunicaciones, mediando el “uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación”, con las novedades que pueda incorporar mañana el campo de la “inteligencia artificial”.

El artículo 13 ET, siguiendo las pautas de la Ley 10/2021 de 9 de julio, de trabajo a distancia, ha regulado expresamente este tipo de trabajo (“a distancia”) con estricta remisión a los términos previstos en la citada ley, distinguiendo entre “trabajo a distancia”, cuya ejecución se desarrolla en el lugar elegido por el trabajador, y simplemente “teletrabajo”, como trabajo a distancia, con la peculiaridad de ejecutarlo utilizando los medios tecnológicos apuntados y facilitados por el empleador. La tercera figura, denominada “trabajo presencial”, es la tradicional forma de trabajo en la empresa o en el lugar determinado por la misma.

En todo caso las notas de “por cuenta ajena” y desarrolladas “dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona”, conforman inequívocamente la identificación del supuesto laboral clásico.

Desde un plano sociológico, su evolución y desarrollo, superada la etapa de la pandemia causada por el coronavirus, pone de manifiesto la potencial utilidad de sus fines sociales (básicamente, flexibilidad laboral y posible expansión geográfica al mundo rural o centros remotos) y familiares (estimulación personal e intensificación de la convivencia y vida familiar, requerida, acaso, de un esfuerzo de recomposición), revela un perfil laboral nuevo, con fuerte arraigo en la negociación colectiva, como señala la disposición final primera de la citada Ley y aborda con detalle su articulado.

III. ANÁLISIS TEMÁTICO

El tema planteado permite analizar, por inducción, los pormenores de una Ley que se remite en la negociación colectiva para la efectividad de su desarrollo, si bien deja sentados aquella Ley los principios y bases de una regulación sustancial, frecuentemente requeridos, unos y otras, del convenio colectivo de su aplicación, regulando una articulación diferenciada por sectores o ramas de producción específicas, con un principio fundamental reiterado en la Ley respecto “de la igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación” en relación con los trabajadores que presten sus servicios en el centro o locales de trabajo de la empresa.

Incuestionable este aspecto de igualdad entre “todos los trabajadores de la empresa”, tratándose de una actividad por antonomasia desplegada “fuera” del centro

de actividad o núcleo organizativo de la empresa, resultan particularmente identificativos en su ejecución, además de las competencias asumidas por el empleador, aspectos atinentes a la forma de su desarrollo, control y costes, unidos a los derechos de formación, promoción profesional, derechos colectivos y la normativa en prevención de riesgos laborales y salud, como los referidos a la intimidad y derechos conexos, cuestiones todas que, reguladas en favor de los teletrabajadores, configuran este trabajo, como un conflicto de intereses que no de interpretación, tema éste que debe resolverse vía negociación colectiva.

Acertadamente la Sala, rechazando, como consta, que el tema ahora planteado (referido al tipo de conflicto colectivo surgido) resulta novedoso y ajeno al debate en la instancia, consecuentemente no procede su integración en el presente recurso de casación conforme a la doctrina sentada [STS 532/2021 de 14 de mayo (rec. 183/2019)]. En todo caso, con cita de la STS de 29 de junio de 2020 (rec. 30/2019), reitera que “ya sea una u otra la calificación procesal que se quiera adoptar ante la conclusión de que el conflicto que se suscita no es de interpretación, el resultado sería en todo caso dejar imprejuizada la cuestión”.

En conclusión, examinando el artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020 y sus conexiones fundadas a tenor del Real Decreto-ley 28/2020 de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, la Sala desestimaría, como se constató, este primer motivo, subrayando que la disposición transitoria tercera de la Ley 10/2021 (referida al trabajo a distancia como medida de contención sanitaria de derivadas el Covid-19), de forma excepcional, señalaba la aplicación del citado artículo 5 al trabajo a distancia “o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la Covid-19, y mientras éstas se mantengan, le seguirá resultando de aplicación la normativa laboral ordinaria”. Téngase en cuenta, además, que, en el consignado acuerdo de 12 de marzo de 2020, ya se preveía, por ambas partes, “llevar a cabo una siguiente reunión con fecha 1 de abril, para perfilar y mejorar las posibles incidencias que se puedan derivar bajo esta modalidad laboral, para garantizar en todo momento las acciones y derechos laborales de los trabajadores/as de Extel CRM”, proyecto que, pese a su utilidad, no consta tuviere lugar.

Como segundo motivo –cómputo del tiempo dedicado a necesidades fisiológicas integrado en los demás descansos y pausas establecidas, frente a su consideración autónoma como resolvió la instancia– deja claro que las pausas contempladas en los artículos 24 y 54 del convenio colectivo estatal del sector, responden a pausas estrictamente ligadas a los sistemas y formas de trabajo, evidente que no resulta computable el tiempo dedicado a aquellas necesidades básicas de forma equiparable. Fundadas razones legales y argumentos que constan, revelan el razonable rechazo de éste segundo y último motivo.

Debe subrayarse, de la sentencia que se comenta, el hecho quinto de la narración fáctica que literalmente hace constar: “Cuando los trabajadores prestan servicios en instalaciones propias de la demandada, en caso de caída del suministro eléctrico no tienen que recuperar el tiempo durante el que no han prestado servicio por ese motivo”. Cabe igualmente destacar del hecho probado séptimo que, según informe

de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 22 de octubre de 2020, el comité informó que se habían solventado los hechos que constan en el escrito de denuncia. Se consignaba igualmente que la autoridad laboral requería a la empresa para que eliminase los actuales sistemas de control de los periodos de tiempo dedicados a las necesidades fisiológicas de los trabajadores, pactando con el comité de empresa la regulación y control de tales períodos sin afectar a la intimidad y dignidad de los trabajadores/as; su incumplimiento daría lugar al acta de infracción correspondiente.

El tema tratado en la sentencia que se comenta, pese a su concreción y límites, permite o induce a un análisis integrador de la noción y bases del teletrabajo, siguiendo la legalidad aplicable y su eventual desarrollo convencional.

IV. EFECTOS DOCTRINALES

Resuelve la sentencia comentada, con rigor y tino, los temas planteados en el recurso de casación formalizado por la empresa. El vacío que pretendidamente pudiere argüirse por la recurrente, sobre la ausencia de regulación del tema en aplicación del acuerdo suscrito con la empresa con fecha 12 de marzo de 2020, fecha anterior al Real Decreto-ley 8/2020 de 17 de marzo, pugna con los principios que informan el artículo 1 ET, como antecedente fundamental para la ejecución del contrato, refrendado en las reglas generales contenidas en los artículos 3 y 4,2, del mismo texto legal y las correlativas en el marco de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, básicamente los artículos 14 y 15, inadmisibles que la imprevisión del tema en el acuerdo de 12 de marzo de 2020, penalice la situación originada frente a la observación general del artículo 3 ET e igualdad de trato con el resto de los trabajadores presenciales en la empresa, como consta.

El posterior desarrollo normativo del tema vía convencional ha evidenciado de forma expresa los extremos de una dotación exhaustiva de instrucciones, reglas y procedimientos ante cualquier incidencia que impida o dificulte cumplir los diferentes aspectos contractuales en concordancia con las atribuciones y derechos del trabajo presencial en las previsiones del artículo 7 de la Ley 10/2021, de 9 de julio¹.

Frente a los argumentos de la empresa recurrente, la citada Ley, derivada en su desarrollo por la pandemia del coronavirus, con graves antecedentes en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 2002 y los avances motivados por la tecnología de las comunicaciones, viene a propiciar el desarrollo del trabajo fuera de los locales, instalaciones, obras y centros de trabajo de la empresa, configurando una metodológica ordenación del trabajo a distancia en las versiones legales de “a distancia” y la

1. Respetando las previsiones de los convenios o acuerdos colectivos, el precepto refiere el contenido esencial de su ordenación que preceptivamente deberá comprender: a) Inventario de medios en general, control de su desarrollo, vida útil y su renovación; b) Gastos y su previsión compensatoria; c) Tiempo de trabajo y organización; d) Trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso; e) Adscripción a centro de trabajo concreto, con efectos múltiples; f) Lugar de la prestación laboral a distancia; g) Procedimiento de reversibilidad; h) Control empresarial; i) Acciones ante concurrencia de dificultades técnicas que dificulten o impidan el trabajo; j) Su participación potencialmente representativa y materias conexas; k) La duración del acuerdo de trabajo a distancia.

modalidad derivada de “teletrabajo”, caracterizado éste, como se consignó, por los medios técnicos empleados por el trabajador y facilitados por el empresario, y el “trabajo presencial”, formas todas en desarrollo del artículo 13 ET².

V. REFLEXIONES SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El teletrabajo, sentada la importancia y carácter integrador de la norma reguladora, su funcionalidad merece las siguientes observaciones:

- a) Para la efectividad de la Ley, resulta indispensable hoy, contar con las reglas complementarias de los convenios colectivos. Cabe distinguir entre las materias identificadas y reservadas expresamente a la negociación colectiva y otras, con una remisión genérica en su libre ordenación, conforme a la especificidad del sector productivo e intereses derivados. La Ley refiere expresamente qué campos y en qué forma deberán convenirse, si bien deja un margen de autonomía a la negociación en materias típicas de los diferentes sectores productivos con las particularidades que hacen algunos convenios colectivos. La consulta de los diferentes pactos colectivos recientemente publicados revela una evolución importante propia de la actividad dinámica desplegada por el teletrabajo, en paralelo al desarrollo del uso extensivo de las tecnologías informáticas y de las comunicaciones, su aplicación topográfica y la conciliación de la vida personal y familiar, y el necesario equilibrio considerando el contenido laboral de la relación contractual, conjunción compleja y diversa susceptible, consideramos, de ocasionar algunos conflictos de interés entre las partes y factor causal de una minoración del tipo contractual, evidenciando lentamente configurarse como una reserva para específicas actividades y situaciones con cierto sentido de temporalidad. En la actualidad, la posible conflictividad laboral no se constata a nivel jurisprudencial, acaso debido a su escaso índice de aceptación, estar preocupado por supuestos de cómodo y satisfactorio régimen económico, o bien, influido por la reversibilidad del contenido prestacional y regreso a la condición de trabajo presencial, o viceversa, en su momento.
- b) La negociación colectiva, conforme a la disposición adicional primera de la Ley, configura el detalle de su regulación, al disponer:
 1. Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer, en atención a la especificidad de la actividad concreta del ámbito, la identificación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizadas a través del

2. El detalle de su regulación cubre los diferentes ángulos del trabajo a distancia en debida conexión y paralelismo con los derechos consagrados en favor de los trabajadores presenciales, adicionando las particularidades exigidas por la especificidad del trabajo a distancia. Comprende la ley prácticamente los diferentes campos de regulación de forma exhaustiva, reservando particular regulación vía convenio colectivo para las materias que requieran su propia ordenación, con las observaciones que, al respeto, convengan las partes en función de la especificidad del contrato.

- trabajo a distancia, las condiciones de acceso y desarrollo de la actividad laboral mediante esta modalidad, la duración máxima del trabajo a distancia, así como contenidos adicionales en el acuerdo de trabajo a distancia y cuantas otras cuestiones se consideren necesarias regular.
2. Los convenios o acuerdos colectivos podrán regular una jornada mínima presencial en el trabajo a distancia, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo en los locales de la empresa, un porcentaje o periodo de referencia inferiores a los fijados en la presente Ley a los efectos de calificar como “regular” esta modalidad de la ejecución de la actividad laboral, un porcentaje de trabajo presencial de los contratos formativos diferente al previsto en el mismo, siempre que no se celebren con menores de edad, así como las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión.
 3. Especiales consideraciones en el teletrabajo. La combinación de la disposición adicional primera con las previsiones del artículo 7 de la reiterada Ley (contenido del acuerdo del trabajo a distancia), contenidos mínimos obligatorios y, sin perjuicio, (reitera) de la regulación recogida al respecto en los convenios o acuerdos colectivos, ofrece un especial campo de análisis para los supuestos específicos de teletrabajo, con base general en el marco regulatorio del “trabajo a distancia”, con las particularidades propias de prevención legal, atinentes a:
 - i. Respetar su noción legal en lo referente “al uso exclusivo o preventiva de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación” [art. 2.b)].
 - ii. Las personas que desarrollan trabajo a distancia no podrán sufrir perjuicio alguno ni modificación de las condiciones pactadas, en particular en tiempo de trabajo o de retribución, por las dificultades, técnicas u otras no imputables a la persona trabajadora que eventualmente pudiere producirse, “sobre todo en caso de teletrabajo” [art. 4.2 (el entrecomillado es propio)].
 - iii. Las empresas estarán obligadas a tener en cuenta a las personas teletrabajadoras (...) y sus características laborales en el diagnóstico, implementación, aplicación, seguimiento y evaluación de medidas y planes de seguridad (art. 4.3).
 - iv. Del mismo modo las empresas deberán tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral (art. 4.4).
 - v. Se garantizará la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso de teletrabajo (art. 11.2).

En sintonía con los derechos relacionados por el uso de medios digitales y sus efectos, en particular el derecho a la intimidad, protección de datos y desconexión digital, la modalidad de teletrabajo concita especiales cautelas o reparos preventivos que la negociación colectiva, siguiendo el tenor de los preceptos concernidos, y respetando los términos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, deberá salvaguardar. Las facultades de control empresarial resultan particularmente delicadas, guardando, como refiere el artículo 22, “en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, las circunstancias personales, como la concurrencia de una incapacidad”.

Sobre los derechos colectivos de las personas que trabajen a distancia, los convenios colectivos podrán establecer las condiciones para garantizar el ejercicio de tales derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia, en atención a la singularidades de su prestación (repárese en las funciones de teletrabajo) con respeto pleno al principio de igualdad de trato y de oportunidades entre las personas trabajadoras a distancia y las que desempeñen tareas en el establecimiento de la empresa.

El protagonismo de los convenios colectivos en estas materias requiere una especial atención considerando las diferentes vicisitudes e incidencias potencialmente surgidas en el terreno del teletrabajo (enfermedad, accidentes, excesos energéticos, medios agravados por la concurrencia doméstica, afectación familiar, equipamiento... u otros de diferente índole, pero ínsitos de la relación laboral genuina). En este campo, los convenios colectivos más próximos, han desarrollada una actividad rigurosamente meticulosa y detallada³.

No obstante, por su amplitud y detalle, parece oportuno citar el convenio colectivo estatal de agencia de viajes, ejemplo paradigmático, y materia recogida en un solo artículo (el 18, con una extensión de 17 páginas), reflejando los principios recogidos en el Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo de 16 de julio de 2012, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, así como la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. Con numeración autónoma, el mismo artículo, contempla con rigor y extensión: 1) Su ámbito de aplicación; 2) Formalización; 3) Condiciones laborales; 4) Voluntariedad y reversibilidad; 5) Condiciones de implantación; 6) Jornada y horarios; 7) Objetivos; 8) Formación; 9) Medios y facilidades; 10) Prevención de riesgos; 11) Propiedad intelectual, protección de datos y derecho a la intimidad; 12) Control y auditoria; 13) Compensación y gastos; 14) Los derechos colectivos de las personas que trabajen a distancia; 15) Derecho a la desconexión digital en teletrabajo; 16) Comisión de seguimiento. Su referencia ilustra

3. Son numerosos y extensos los ejemplos en materia de regulación del teletrabajo en varios convenios colectivos: Adecco TT, SAET (BOE de 20 de enero de 2023); Grupo Naturgy (BOE de 24 de febrero de 2023); Sector de Grandes Almacenes (BOE de 9 de junio de 2023), Supermercados Carrefour (BOE de 14 de junio de 2023), Sector de la Construcción (BOE de 23 septiembre de 2023), Establecimientos Financieros de Crédito (BOE de 24 de julio de 2023) o los acuerdos de teletrabajo regulados en el grupo sectorial de Repsol Butano S.A., Repsol Lubrificantes y Especialidades (BOE de 31 de marzo, de 7 de abril y de 24 de mayo en 2023); Grupo asegurador Reale (BOE de 30 de octubre de 2023); Michelin España, (mismo BOE); Empresas de Mediación de seguros privados.

y marca ámbitos e importancia referencial, acaso bordeando el perfil de la estricta previsión legal.

La estructura de la comentada Ley (10/2021) parece concebir el teletrabajo desde la previa situación de trabajo presencial, inclusive el tenor literal de su artículo 1 cifra su aplicación a partir de “las condiciones descritas en el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre”, redacción que parece excluir, o al menos no contemplar expresamente, el concierto directo de un contrato de trabajo a distancia, opción contemplada igualmente en el texto de algunos otros preceptos [en particular, artículos 5, 6, 7 y 8, y el nuevo artículo 138 bis de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), con las observaciones pertinentes]. Positivamente el referido artículo 5.1, contempla que “el trabajo a distancia podrá forma parte del contrato inicial o realizarse en un momento posterior”, alternativa que puede plantear algunas dudas y problemas respecto de su reversibilidad, modificaciones y otros efectos derivados, salvo prevención negociada, ausente una relación presencial previa.

Es evidente que no resulta una figura contractual diferente, pero su desconexión inicial con la actividad empresarial ocasiona perfiles propios no siempre subsumibles en la ordenación legal general del teletrabajo, ocasionando una situación previsiblemente contemplable en el convenio colectivo de aplicación o convenida en la relación contractual individual. En todo caso, su ensamblaje posterior en la empresa conforme a la Ley requerirá fijar diversos aspectos, lo que derivará en un contrato sui generis con remisión supletoria a esta Ley; en especial, concita cierta atención su posible “ingreso” en la empresa mediante la fórmula presencial, despejando aspectos atinentes a su formación profesional y categoría laboral, y demás derechos conexos, deduciendo aplicables y vigentes los demás derechos básicos laborales previstos en la reiterada Ley, como subsistentes.

VI. REGLAS COMPLEMENTARIAS Y VÍA PROCESAL LABORAL

Con las salvedades incorporadas en materia de infracciones y sanciones del orden social (Real Decreto Legislativo 5/2000, LISOS,), fácilmente deducibles y aplicables, en la esfera sustantiva, la disposición final tercera de la Ley referenciada completa el artículo 13 ET y añade modificaciones en los siguientes artículos 23.1.a) y 37.8, en los términos “[d]isfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, preferencia para elegir turno de trabajo y acceder al trabajo a distancia”, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional, en el primer caso, o respecto del segundo precepto, sobre las variantes posibles del trabajo a distancia de las personas trabajadoras que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o víctimas del terrorismo, para hacer efectiva su protección y derecho a la asistencia social integral, jornada, horarios, modificación del sistema de trabajo a distancia...

En el orden procesal laboral, se adiciona, en la sección 4ª del capítulo V, título II del libro segundo, la referencia al “trabajo a distancia”, con el efecto de incorporar un nuevo

artículo (138 bis), regulando la “tramitación en reclamaciones sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia”, advirtiendo el propio artículo (núm. 2) que cuando esta reclamación esté relacionada con los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente, aquella se regirá por el procedimiento fijado en el artículo 139. La identificación procesal de ambos artículos es absoluta, el conflicto surge cuando la medida adoptada por el empleador modifique su horario de trabajo o cause análoga significación, de tal manera que su cumplimiento afecte a los extremos tasados de la conciliación, procediendo, entendemos, de forma combinada pero atendiendo, como acción preferente, la causa principal (modificación laboral), con intervención inclusive de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya solución restablecerá el nivel y estado de conciliación precedente.

Actualizado el artículo 13 ET conforme a la Ley de referencia, se imponía su tramitación procesal, a través del nuevo artículo 138 bis de “tramitación en reclamaciones sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia”. En sus líneas esenciales, su regulación copia las reglas del artículo 139 en lo referente a plazos, carácter urgente y tramitación preferente, con plazos idénticos en el acto de la vista y el dictado de la sentencia, cinco y tres días respectivamente. Se contempla expresamente la facultad judicial de recabar informe urgente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre la negativa o disconformidad aducida por la empresa para rechazar la pretensión de la persona trabajadora, argumentado el informe en los términos que procedan. Contra la misma no cabe recurso alguno salvo cuando se haya acumulado la pretensión de resarcimiento de daños, supuesto en el que el pronunciamiento de la sentencia será ejecutivo. Si la reclamación está relacionada con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar o social reconocidos legal o convencionalmente, se aplicará la tramitación del siguiente artículo 139.

El precepto innovador refiere exclusivamente acciones correspondientes en materia de acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia. Es evidente que la relación contractual del trabajo a distancia origina otras muchas situaciones potencialmente conflictivas si se tiene en cuenta el tenor del artículo 7 y las demás materias no incluidas en el citado precepto, aún muchas con directa conexión con el tema central previsto. Entendemos de obligada consideración la formación, la promoción profesional, la prevención de riesgos laborales, los derechos colectivos y aquellos otros que pudiere contemplar la negociación colectiva.

La disposición final segunda de la Ley 10/2021, además de introducir el nuevo artículo 138 bis LRJS, modificó el título de la sección 4ª del capítulo V de su título II, adicionando a los supuestos previstos el tema del “trabajo a distancia”. Inmodificado el artículo 138, de obligado cumplimiento, habrá que deducir que todas las reclamaciones relacionadas con el “trabajo a distancia”, con excepción de los supuestos reservados al artículo 138, bis deberán cursarse por aquel precepto, con las observaciones que, en cada caso, requiera la reclamación que se formule en esta materia, conforme al artículo 80 de la referida ley procesal, evitando las obvias dificultades que su pleno acomodo procesal plantea, y fijando taxativamente los términos del debate, a fin de facilitar el carácter inmediato de su ejecución.

VII. EPÍLOGO

A modo de "addenda", deduzco oportuno algunas referencias a los aspectos estadísticos del tema, como factor indiciario de representación, al margen de los aspectos puntuales, favorables o adversos, de su desarrollo y ubicación, temas no reseñables por su diversidad y extensión. Siendo lógica su expresa constatación, las consultas practicadas adolecen de una visión integral que atenúan su fiabilidad y comprensión. Al parecer, se han practicado investigaciones extrayendo, como conclusión, porcentajes generales de teletrabajadores, ausente una clasificación integradora agrupados por países, regiones, actividades, profesiones, sexo, estabilidad o permanencia, niveles económicos y otros puntos de valoración análogos. Su omisión expresa obedece a una información irregular, deficiente, escasamente convincente y apenas clarificadora del tema, quedando por el contrario anotaciones sobre una estabilización general; otras apuntan a una visión de retroceso e irregularidad en su permanencia.

Tales consideraciones podrían resultar de aplicación en nuestro país, con limitada proyección e inestable o indefinido futuro, con impredecibles perspectivas.

Bibliografía

- De la Villa Gil, L. E.: *El trabajo a domicilio*, Aranzadi, Pamplona, 1966.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A. (dirs.): *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Aranzadi, Pamplona, 2021.
- Sala Franco, T.; Todolí Signes, A. y Martín-Pozuelo López, Á. (coords.): *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Taléns Visconti, E. E.: "La jornada laboral en el trabajo a distancia", en López Balaguer, M. (dir.): *El trabajo a distancia en el Real Decreto-ley 28/2020*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- Trillo Párraga, F. J.: *Derecho del trabajo digital: trabajo a distancia y teletrabajo*, Bomarzo, Albacete, 2023.



Recensiones



Recensión de la obra de Isabel María Villar Cañada y Cristóbal Molina Navarrete (dirs.): *Pilar Europeo de Derechos Sociales y progreso jurídico de la Unión y de España: logros y asignaturas pendientes*, Bomarzo, Albacete, 2024

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

csrodas@us.es  0000-0001-9780-7860

Recibido: 02.06.2024. Aceptado: 02.06.2024

La Dra. Villar Cañada y el Dr. Molina Navarrete dirigen, con el rigor que les caracteriza, una obra colectiva donde se analizan de manera exhaustiva un conjunto de temas de actualidad que giran en torno al Pilar Europeo de Derechos Sociales.

La obra consta de ocho capítulos, el primero analiza el SMI en el marco del Pilar Europeo y su reflejo en el ordenamiento español para la garantía de un trabajo decente y una vida digna. En el capítulo segundo se aborda la cuestión de una renta mínima adecuada contra el riesgo de pobreza y por la inclusión social y no sólo laboral; el tercer capítulo lleva por rúbrica la rama de desempleo de los sistemas de Seguridad Social y el Pilar Europeo de Derechos Sociales: otro reto pendiente. El capítulo cuarto está dedicado a la igualdad efectiva y brechas sociolaborales de género: reformas de mejora en clave de conciliación corresponsable a la luz del Pilar Europeo. Un tema siempre candente como es el sistema de servicios de cuidados de larga duración se estudia en el capítulo quinto. El capítulo sexto versa sobre la transparencia y previsibilidad de las condiciones laborales. Los nuevos retos para un entorno seguro y saludable en el trabajo como Derecho social comunitario son analizados en el capítulo séptimo. Y como broche final de la monografía se aborda el tema de la participación laboral en la empresa y Pilar Europeo de Derechos Sociales.

A diferencia de la Carta Social Europea, originaria y revisada (CSER), dotada de un amplio conjunto de derechos y garantías de índole social, exigibles por su carácter normativo y una garantía de control de cumplimiento (Comité Europeo de Derechos

Sociales –CEDS–), el Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS) carece de vinculatio-
riedad jurídica. El PEDS nació sin pretensión normativa, pero con gran vocación de
influir en la generación de un salto cualitativo en las políticas sociales de la Unión
Europea, a través de renovados y pretenciosos marcos estratégicos y normas de
Derecho derivado. Así, pasados siete años desde su aprobación, la política de Dere-
cho Social de la Unión Europea y también, por derivación de ella, el Derecho interno
español parecen impulsados más por un instrumento no vinculante como el PEDS
que por otro vinculante, como la CSER.

Y es que, a pesar del escepticismo inicial de la doctrina científica sobre la poten-
cialidad del PEDS para provocar el salto cualitativo necesario en el Derecho Social de
la Unión Europea y en sus políticas sociales, el Plan de Acción de 2021 vino a darle
un aire nuevo, convirtiéndolo en el referente de un gran programa reformador social,
en términos tanto de proyectos legislativos como de marcos estratégicos y planes de
actuación sociolaboral (véase, por ejemplo, el plan de acción relativo al sistema de
cuidados de larga duración (Recomendación del Consejo de 8 de diciembre de 2022
sobre el acceso a cuidados de larga duración de alta calidad asequibles); o el marco
estratégico de seguridad y salud en el trabajo, incluyendo también Directivas recien-
tes para el perfeccionamiento del denso entramado normativo en materia de riesgos
laborales).

Un proceso reformador éste que, aún siendo insuficiente y conflictivo en el seno
de las instituciones comunitarias, refleja una valiosa capacidad de acuerdo y cierta
inteligencia, incluso astucia, para sortear las limitaciones competenciales en el seno
de la Unión Europea. Así se refleja de manera clara en el ámbito del salario mínimo,
en el que encontramos una concurrencia de regulaciones: la derivada y exigible por
el artículo 4 CSE y la comunitaria. Una concurrencia que en absoluto resulta pacífica,
porque el compromiso europeo con el Consejo de Europa y su Constitución Social
exige establecer determinados estándares sustantivos (al menos el 60 % del salario
medio neto), mientras que la normativa europea sólo exige el establecimiento de
garantías de procedimiento o de Derecho reflexivo (órganos específicos de consulta
efectiva de los interlocutores sociales y de carácter permanente), con criterios sustan-
tivos muy genéricos, prácticamente coincidentes con los actuales del artículo 27 ET.
Aunque hasta el momento la regulación del salario mínimo interprofesional española
no ha abordado esta cuestión, es evidente que, más pronto que tarde, debiera darse
cumplimiento legislativo a sendos mandatos internacionales, europeo y comunitario.
Y se corre el riesgo, ya advertido desde algunos sectores, de que podría producirse
el desplazamiento del mandato de la CSE por el de la Unión Europea, centrando la
reforma en aspectos de índole procedimental (garantías de Derecho reflexivo) y de-
jando de lado las garantías de índole sustantiva (la exigencia de un estándar mínimo,
sin perjuicio de fijar el catálogo de criterios referenciales para su fijación).

Este tipo de tensiones y conflictos entre los diferentes mandatos europeos de polí-
tica del Derecho Social tiene lugar en otros ámbitos de la regulación de las relaciones
de trabajo y de la protección social, como el relativo a la garantía de una intensidad
suficiente, no solo mínima, de protección (en términos de cobertura y de cuantía) en

las prestaciones por desempleo, ámbito este abordado en el principio 13 PEDS. En el contexto político-jurídico comunitario se pone el acento en la función económica, no solo social, de estas prestaciones, en ambos niveles, contributivo y asistencial, de modo que su regulación debe orientarse también hacia la inclusión de un sistema de incentivos al empleo. En cambio, en el sistema de la CSE la función prevalente de esta protección por desempleo, en ambos niveles, reside en la garantía de sustitución de una renta suficiente, durante todo el tiempo necesario (y razonable), para que la persona pueda encontrar un nuevo empleo, sin verse impelido a ello por la pérdida de protección progresiva, en términos de cuantía y de duración. Una tensión de política reguladora cuya materialización en nuestro ordenamiento interno se ha concretado (por fin, tras decaer el Real Decreto-ley 7/2023) en el reciente Real Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo.

El PEDS (principios 2 y 3) también se adentra de forma significativa en el impulso de medidas de mejora y perfeccionamiento, en el ámbito de la igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo-género. Un espacio este propicio para explorar reformas profundas, tanto en el ámbito de las condiciones de trabajo justas con perspectiva de sexo-género, como en las prestaciones de Seguridad Social, corrigiendo las brechas de género persistentes, derivadas, en gran medida, del persistente sexismo en las responsabilidades derivadas de los cuidados.

La imprescindible corresponsabilidad en el trabajo de cuidar (reflejada, aunque de forma algo difusa, en el principio 9 PEDS) parece haber calado (por fin) en el Derecho Social de la Unión Europea, situándose como un principio informador de la Directiva UE/2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. Este relevante rango jurídico en el Derecho de la Unión Europea en modo alguno garantiza su efectividad, tal y como pone de manifiesto el propio Preámbulo de la Directiva, y como resulta constatable en nuestro ordenamiento interno. Así, pese a que la conciliación de la vida laboral y familiar se haya facilitado, a través de formas de trabajo flexible y reducciones de jornada, y aunque el Derecho español ya ha tomado varias iniciativas legislativas para adecuarse a la normativa comunitaria (Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio o, más recientemente el anteriormente citado Real Decreto-ley 2/2024), el porcentaje de distribución del "trabajo familiar no remunerado" apenas ha variado en las últimas décadas. Esta realidad, unida a la involución que, a nuestro juicio, se está produciendo en la doctrina jurisprudencial social (STS, 4ª, 310/2023, 26 de abril; STS, 4ª, 983/2023, 21 de noviembre) exigiría una atención legislativa clarificadora, a fin de no dejar en "agua de borrajas" las reformas legales más innovadoras.

A diferencia de este ámbito de la corresponsabilidad, en el que el PEDS constituye un instrumento de valor simbólico, ni jurídico ni realmente innovador, donde prácticamente está todo por hacer es en el ámbito de las políticas y Directivas que contribuyan realmente a reducir las brechas de género en pensiones. Es incuestionable la trascendente aportación de la jurisprudencia comunitaria a la eliminación de las discriminaciones indirectas por razón de sexo, sobre todo en el ámbito del trabajo a

tiempo parcial. Pero también es una realidad que sigue siendo reacia a introducir la perspectiva de género en el enjuiciamiento de las acciones positivas dirigidas a reducir las brechas de género en materia de Seguridad Social, una reticencia que plantea serias dudas sobre el futuro del complemento para la reducción de la brecha de género, respecto al que diversos juzgados y tribunales han presentado cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, buscando su declaración como discriminatorio. Y ello pese a la incuestionable brecha de género existente en nuestro sistema de pensiones.

De particular importancia para el Derecho Social de la Unión Europea resulta también el proceso de reforma dirigido a perfeccionar las obligaciones-derechos en materia de transparencia y previsibilidad de las condiciones de trabajo (principio 7 PEDS), ámbito en el que es conocido el, de nuevo, retraso en la transposición por España de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

Tras el fallido intento del Real Decreto-ley 7/2023, el actual proyecto de ley, aprobado el 16 de febrero de 2024, representará (pese a sus deficiencias) un avance relevante en la línea de lograr el recurrente Estatuto de la persona trabajadora del siglo XXI. El artículo 4 ET incorporará el derecho a que las condiciones de trabajo sean previsibles, lo que implica que todas las personas trabajadoras, independientemente de su modalidad contractual (recuérdese que el PEDS fomenta las transiciones hacia las formas indefinidas y prohíbe los usos abusivos de las atípicas –principio 5: empleo seguro y adaptable–) deba conocer con la debida antelación su pauta de trabajo y, en su caso, los criterios en virtud de los cuales dichas condiciones pueden cambiar. Un imperativo este que resulta más necesario a mayor incertidumbre de ese patrón, tal y como sucede en un creciente número de modalidades contractuales, como el de la fijeza discontinua, o el trabajo en plataformas.

La necesidad de seguridad jurídica en el plano contractual, así como de debida previsibilidad asociada a ese derecho-principio fundamental del Derecho del Trabajo, ha de acompañarse siempre de la propia seguridad en las condiciones de trabajo, a efectos de garantizar un entorno saludable y libre de riesgos concretos, o, al menos, dotado de las medidas de seguridad y salud debidas para evitar que esos riesgos no evitables, tras su correspondiente evaluación, se actualicen en daños. No es ajeno tampoco el PEDS a esta exigencia, al aludir al entorno seguro, saludable y adaptado (principio 10). Ciertamente es que en esta materia la Unión Europea cuenta con un amplio entramado normativo y un marco estratégico que analiza y evalúa sus necesidades de cambio y adaptación constante a las transformaciones socioeconómicas, tecnológicas y culturales de los entornos de trabajo, también en los procesos de transición digital, ecológica e inclusiva en que se insertan hoy, por lo que pareciera que poco podía aportar el PEDS a su debida evolución y modernización continuadas. Pese a ello, las instituciones comunitarias han querido poner en el centro la referencialidad al PEDS a la hora de realizar nuevos marcos estratégicos y proceder a nuevas iniciativas legislativas (ejemplo: marco estratégico de seguridad y salud en el trabajo 2023-2027; Directiva UE/2022/431 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo, por la

que se modifica la Directiva 2004/37/CE, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo).

Y, junto a los indicados aspectos de Derecho individual del Trabajo y de Seguridad Social, el PEDS no es en modo alguno ajeno (aunque cierto es que de forma difusa) a importantes aspectos colectivos, tal y como se refleja en su principio 8, referido al "Diálogo social y participación de los trabajadores". Pero, más allá de esta referencia, el conflicto entre los derechos sociales fundamentales de índole colectiva de las personas trabajadoras y las libertades de índole económica en el seno de la Unión Europea constituye un ámbito esencial de análisis. Así lo refleja el debate abierto en el seno de las instituciones comunitarias, en torno a la necesidad de incluir en los Tratados un Protocolo de Progreso Social, a fin de garantizar que los derechos sociales fundamentales en general, y los colectivos en particular, sean ponderados de forma equilibrada cuando se enfrentan a las libertades económicas y al Derecho de la Competencia de la Unión Europea. O la existencia de un ambicioso programa de reformas normativas de las Directivas en materia de información y consulta que, sin embargo, siguen durmiendo "el sueño de los justos", en una clara muestra de cómo la potencia de los discursos institucionales a favor de reforzamiento del Diálogo Social y los derechos participativos en el seno de las empresas, hallan su desmentido en la práctica, dejando claro que el favor comunitario por el *soft law* refleja una política debilitadora del progreso social en materia de derechos de tipo colectivo.

Gracias a esta obra colectiva se lleva a cabo una evaluación suficientemente ilustrativa del impacto del Pilar Europeo de Derechos Sociales en la evolución del Derecho social de la UE en general, y en especial del Derecho Social del Reino de España. Por ello no podemos sino agradecer y felicitar por el excelente trabajo resultante a todos los autores: Juan Carlos Álvarez Cortes, Francisco Manuel Extremera Méndez, Marina Fernández Ramírez, Lidia Gil Otero, Yolanda Maneiro Vázquez, María Marta Martínez Jiménez, Cristóbal Molina Navarrete, Cristina Ramírez Bandera e Isabel María Villar Cañada.



Recensión de la obra de Alicia Villalba Sánchez: *El derecho a recibir formación de la empresa para una transición digital justa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2024

Esperanza Macarena Sierra Benítez

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

emsierra@us.es  0000-0001-5335-0360

Recibido: 24.05.2024. Aceptado: 24.05.2024

Desde que dio inicio la Cuarta Revolución Industrial, diversas fueron las instituciones que enfatizaron la inaplazable necesidad de formar a las personas trabajadoras para la adquisición y el desarrollo de sus competencias digitales. Considerando la posición de estas últimas, la Declaración del Centenario de la Organización Internacional del Trabajo para el Futuro del Trabajo abogaba por promover la adquisición de competencias, habilidades y calificaciones para mejorar su capacidad de aprovechar las oportunidades de trabajo decente. Con la vista puesta en la productividad empresarial, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia” reconocía sin ambages que el despliegue de tecnologías digitales en todos los sectores económicos, incluidos los sectores no relacionados con la tecnología, requeriría una mano de obra más capacitada”.

Obsérvese desde el punto de vista que se prefiera, la formación profesional se revela como el único camino a seguir para mantener la productividad empresarial y asegurar, sino incrementar, la empleabilidad de las personas trabajadoras, entendida, con arreglo a lo dispuesto en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, como “conjunto de competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar profesionalmente y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo”.

Ahí reside el interés de la obra objeto de esta reseña que, por haber salido de la pluma de una jurista, no puede sino abordar el derecho de las personas trabajadoras a recibir esta formación en virtud del contrato que han otorgado. Y no de un contrato formativo,

sino de un contrato ordinario, relación jurídica condenada a acoger la formación a lo largo de la vida que permita a quien la celebre adaptarse a los avatares venidos de la mano del proceso de digitalización. Puesto que, a tenor del Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo Trabajar para un futuro más prometedor, “las competencias de hoy no coincidirán con los trabajos de mañana” de modo que “el no anticiparse en su obtención ensanchará, con toda probabilidad, la brecha regional y la brecha de género”, destaca el enfoque proporcionado al estudio del derecho a recibir formación de la empresa como parte del derecho a la educación, a su vez, inescindiblemente conectado con el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación, no sólo por razón de género, sino también de otras causas, como la discapacidad.

Con esta justificación, puesta de manifiesto ya desde el capítulo primero, y adoptando la citada perspectiva, esta monografía aborda en los siguientes cinco capítulos los orígenes, la naturaleza y el contenido del derecho de las personas trabajadoras a recibir formación a cargo de la empresa.

Así, tras el capítulo introductorio, en el capítulo segundo se presenta al lector una evolución de los derechos formativos, destacando su tránsito desde aquellos cuyo ejercicio conllevaba una abstención de la empresa, hasta su actual configuración prestacional. En virtud de esta última, el empleador no sólo debe facilitar la formación de las personas trabajadoras fuera de la empresa, sino que, en ocasiones, debe proporcionársela.

Centrándose la atención, a partir de ahí, en los derechos formativos de contenido prestacional, el capítulo tercero aborda el derecho a recibir formación profesional de las personas trabajadoras en la Constitución Española, primero, como principio rector de la política social y económica, posteriormente, como presupuesto del derecho a la promoción a través del trabajo y, finalmente, como parte integrante del derecho fundamental a la educación.

Esta última postura obliga a dedicar un cuarto capítulo a la regulación del derecho a recibir formación profesional de la empresa en el Derecho Internacional. Allí se aborda la contenida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero también la contenida en los convenios aprobados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo. Por su especialidad, se consagra un epígrafe aparte su regulación en el Derecho de la Unión Europea, donde se aprecia su estrecha vinculación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, de discapacidad o de edad.

Entrando en la regulación estatutaria del derecho a recibir formación de la empresa, los capítulos quinto y sexto de la obra se dedican, respectivamente, al derecho a recibir formación para la adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo y al derecho a recibir formación incardinada en planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad. Ambas dimensiones de este derecho, calificadas por la autora como defensiva y prospectiva, obligan a adentrarse tanto en la jurisprudencia y la doctrina jurisprudencial recaída al respecto, como en la regulación convencional de este derecho bifronte. La primera adquiere relevancia arrojando luz sobre el tenor literal del artículo 52.b) ET, precepto en el cual se reconoce el derecho a recibir formación cuando se hubiera introducido una modificación técnica

en el puesto de trabajo que quepa reputar razonable. Sin embargo, el protagonismo recae sobre el estudio de una negociación colectiva que ha ampliado los confines de este derecho adaptándolo a las circunstancias propias de la persona que lo ejerce e impidiendo que la configuración de las acciones formativas provoque una discriminación indirecta.

Este protagonismo se aprecia con mayor claridad en el capítulo sexto, dedicado a la dimensión prospectiva del derecho a recibir formación a cargo de la empresa. Puesto que el legislador sólo lo ha reconocido recientemente a las personas afectadas por un expediente temporal de regulación de empleo en su modalidad sectorial, conviene reparar en el reconocimiento y la conformación del derecho a recibir una formación tendente a mejorar la empleabilidad en la negociación colectiva. No menor interés reviste el estudio del papel del convenio en la regulación del pacto de permanencia en la empresa, cláusula en virtud de la cual se han atribuido derechos formativos prestacionales a las personas trabajadoras a cambio de contraprestaciones a menudo consideradas abusivas por los tribunales.

Finaliza la obra con unas reflexiones en las cuales no se escatiman propuestas orientadas a hacer efectivo el ejercicio de este derecho, de entre las cuales, cabe subrayar tres. Por una parte, se propone considerar la nulidad del despido por inadaptación de la persona trabajadora cuando la empresa no le hubiera facilitado una formación que se considera parte integrante del derecho fundamental a la educación. Por otra parte, se recomienda, no sólo incentivar, sino obligar a las empresas de cierta dimensión a proporcionar formación a los trabajadores inmersos en un expediente temporal de regulación de empleo. Y, finalmente, se aboga por incrementar las competencias de la representación legal de las personas trabajadoras involucrándolas en cada una de las fases que componen la estrategia formativa de la empresa, haciendo hincapié en la génesis de cada acción.

Tal es la estructura de este volumen que la prestigiosa editorial Aranzadi ha incluido en su colección de monografías jurídicas. Se subraya, con ello, el enfoque deparado por la autora a un tema susceptible de ser abordado desde una perspectiva multidisciplinar. Así lo evidencia el proyecto de investigación en el cual se ha enmarcado que lleva por título “Aprendizaje a lo largo de la vida en una sociedad digital: formación y recualificación para las nuevas profesiones del mercado de trabajo global”, financiado por la Agencia Estatal de Investigación y liderado por las profesoras Lourdes Mella Méndez y Consuelo Ferreiro Regueiro. Por consiguiente, el abordaje especializado de la formación a lo largo de la vida como un derecho exigible a la empresa y la inclusión de buenas prácticas dignas de ser empleadas por parte de la negociación colectiva sugieren la lectura de una obra cuya relevancia estriba en el innegable interés de la formación como medio para la integración, adaptación y progreso de todas las personas trabajadoras.



Recensión de la obra de Miguel Gutiérrez Pérez: *La nueva cotización al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y su contraste con las Mutualidades alternativas*, BOE, Madrid, 2024

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

csrodas@us.es  0000-0001-9780-7860

Recibido: 16.06.2024. Aceptado: 17.06.2024

La Seguridad Social es una materia de extraordinaria complejidad sometida a continuas reformas legislativas. Es el Régimen General el que suele acaparar la atención de la doctrina, por ello resulta muy gratificante encontrarse con una monografía centrada en el Régimen especial de los autónomos y, específicamente, en una cuestión de interés no solo teórica sino práctica, como es la de su cotización.

El Dr. Miguel Gutiérrez Pérez, Profesor Titular de la Universidad de Extremadura, aborda el tema con la solvencia y rigor científico que le caracterizan, por lo que el resultado ha de ser calificado como brillante.

La aprobación del Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad, pretende acercar las bases de cotización a las rentas reales de los trabajadores autónomos, lo que viene a suponer un giro radical en el modelo de cotización de éstos, el cual permanecía desvinculado de los ingresos obtenidos por el ejercicio de la actividad profesional. El legislador afronta esta reforma normativa con el claro objetivo de aproximar la cotización del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos a la cotización del Régimen General de la Seguridad Social. Además, la reforma supone la equiparación de la legislación española con algunos modelos existentes en otros Estados europeos.

La presente obra expone pormenorizadamente este nuevo sistema de cotización aplicable a los trabajadores autónomos y pretende resolver las dudas interpretativas que se vienen generando en la aplicación de este nuevo modelo. Para desarrollar dicho objetivo

esta obra se estructura en cinco capítulos. En el primero de ellos, se abordan las principales características que presenta el régimen de cotizaciones sociales de los trabajadores autónomos, analizando, concretamente, aquellas cuestiones relacionadas con la responsabilidad del trabajador autónomo en el cumplimiento de la obligación de cotizar o los problemas referentes al nacimiento y la extinción de dicha obligación. Finalizando este primer capítulo con el examen de las situaciones cotizables y su sucesiva homogeneización con el Régimen General de la Seguridad Social.

El segundo capítulo del presente estudio conforma el epicentro de la obra, abordando el nuevo modelo de determinación de la cuota de los trabajadores autónomos, comparando el anterior sistema de cotización con el nuevo sistema. De este nuevo sistema de cotización se analizan de manera específica los principales rasgos o elementos que constituyen el mismo, su implantación progresiva en el tiempo y el régimen de cotización de determinadas situaciones especiales, entre las que destaca la cotización en las situaciones de pluriactividad, la cotización en el marco de la jubilación, con especial referencia a las últimas reformas legislativas en esta materia, la cotización de los artistas que se encuentran integrados en el Régimen Especial de trabajadores autónomos con bajo nivel de ingresos y la cotización de aquellos trabajadores agrarios por cuenta propia.

En el marco de este nuevo sistema de cotización establecido por el legislador, el tercer capítulo de la obra está dedicado a analizar de manera pormenorizada el nuevo régimen de bonificaciones y reducciones que se ha implementado para los trabajadores por cuenta propia, con motivo, precisamente, de este nuevo modelo de cotización contemplado para aquellos. Haciendo especial referencia dicho capítulo tanto al nuevo régimen de aquellas bonificaciones o reducciones ya existentes como a aquellas nuevas que ha incorporado el legislador. Un aspecto novedoso de este tercer capítulo es que el mismo va más allá del análisis del sistema de bonificaciones y reducciones contempladas en la normativa estatal para los trabajadores autónomos, ya que se dedica la última parte de este capítulo a examinar de manera concreta y detallada el régimen de incentivos a las cotizaciones sociales de estos trabajadores establecido por las diferentes comunidades autónomas en el marco de sus competencias. En concreto, se examina la medida conocida cuota cero para los trabajadores autónomos, que se ha venido implantando de manera progresiva en las distintas regiones autonómicas de nuestro país en estos últimos años, hasta el punto de que, tal y como se advierte en la propia obra, se trata de una iniciativa que poco a poco se va generalizando en todo el territorio nacional, lo que, sin duda, justifica la atención que se dedica a la misma en este estudio.

El cuarto capítulo de esta obra está dedicado al examen del régimen alternativo a la cotización en el RETA de aquellos trabajadores autónomos pertenecientes a un colegio profesional. En este capítulo se realiza una comparación entre la cotización que pueden realizar los trabajadores autónomos colegiados al RETA o la que pueden realizar, en caso de optar por ella, a las mutualidades alternativas de previsión social. Analizando las principales diferencias existentes entre uno y otro régimen de cotización, así como su incidencia en el respectivo ámbito de protección. Asimismo, dicho

capítulo analiza la incidencia que el nuevo sistema de cotización implantado por el legislador en el RETA tiene en el sistema de cotización establecido en las mutualidades alternativas de protección social. Finalmente, en este marco de contribución de los trabajadores autónomos al margen de las reglas del sistema público de Seguridad Social, se dedica un espacio al examen de aquellas aportaciones complementarias de los trabajadores autónomos, a tenor de la reciente reforma en materia de previsión social complementaria, la cual incorpora los planes de pensiones de empleo simplificados, los cuales inciden de manera clara y directa en la contribución complementaria de los trabajadores autónomos, al poder integrarse a éstos en dichos planes.

Por último, la obra finaliza con un último capítulo, el quinto, dedicado al análisis de algunos otros modelos de cotización de los trabajadores autónomos existentes en algunos países europeos de nuestro entorno. En concreto, dicho capítulo aborda el modelo de cotización de los trabajadores autónomos existente en Portugal, Francia, Italia o Reino Unido, con el objetivo de comparar aquellos otros modelos de cotización con las nuevas reglas de cotización implantadas en nuestro país para los trabajadores autónomos, tras la última reforma. Para concluir, dicho capítulo examina dos cuestiones de enorme interés, habida cuenta de las situaciones de movilidad a las que venimos asistiendo en la actualidad en el desarrollo de la prestación de servicios por parte de los trabajadores autónomos. Por un lado, se examinan las reglas aplicables para determinar cual es el Estado acreedor de las cotizaciones del trabajador autónomo, en aquellos casos en los que la actividad se desarrolla más allá del Estado de afiliación. Y, por otro lado, se aborda la cuestión del régimen aplicable a las cotizaciones realizadas por el trabajador autónomo a distintos Estados durante el ejercicio de su actividad profesional.



Recensión de la obra de Bárbara Torres García: *La prevención de riesgos laborales en el trabajo a distancia y el teletrabajo*, Aranzadi, Las Rozas, 2024

Esperanza Macarena Sierra Benítez

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

emsierra@us.es 0000-0001-5335-0360

Recibido: 13.06.2024. Aceptado: 13.06.2024

Recién publicada esta obra me dispongo a su recensión con conocimiento de su contenido, ya que formé parte del tribunal evaluador de la tesis doctoral de la profesora Torres García, que alcanzó la puntuación máxima tras la brillante defensa realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, bajo la dirección de la profesora Lourdes Mella Méndez, quien prologa esta monografía.

Esta obra aborda el estudio de la adaptación del derecho a la protección de la salud del trabajador frente a los cambios experimentados en los nuevos entornos laborales. Por ello la autora indaga en la adecuación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL), y toma como referencia el trabajo a distancia y, en especial, el teletrabajo, pues estos evidencian claramente el desajuste entre la citada norma preventiva y la realidad que se pretende proteger.

El contenido de esta investigación analiza críticamente, y con propuestas de *lege ferenda*, la manera en la que el sistema normativo de prevención de riesgos laborales (la LPRL y su normativa de desarrollo) debe adaptarse a las nuevas situaciones en las que el trabajador presta servicios fuera del centro de trabajo. En este análisis la autora presta particular atención a la reciente e importante Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD), cuyas previsiones, al menos en esta materia preventiva, destacan “por su pobre contenido jurídico y escasa originalidad”.

Esta ausencia de respuestas claras y completas a muchos de los problemas que surgen sobre la prevención de los riesgos laborales en el trabajo a distancia lleva a la profesora Torres García a entender que, en ocasiones, las previsiones generales de la LPRL deban interpretarse a la luz del *principio pro operario*. Una técnica que, como afirma, puede llevar a descompensar la balanza para el empresario, tradicionalmente considerado la parte fuerte de la relación laboral, lo que se aprecia especialmente en el ámbito de la responsabilidad.

En cuanto a su contenido, esta obra comienza con una crítica a la regulación jurídica del derecho a la salud laboral en el ordenamiento español, y a partir de ahí se analizan las diferentes obligaciones preventivas del empresario destacando, respecto de cada una de ellas, sus incoherencias con el trabajo en remoto.

De este modo, esta publicación estudia de manera consecutiva: 1) la forma en la que el plan de prevención debe diseñarse en aquellas empresas que cuentan con trabajadores a distancia; 2) la manera en la que la evaluación de riesgos debe realizarse, señalando los factores de riesgo y los riesgos más típicos de esta forma de trabajar; y 3) las principales medidas preventivas a adoptar.

Finalmente, aunque ya fuera del ámbito de la prevención de los riesgos laborales, se aborda el régimen protector y de prestaciones del empleado para el caso de que, fallando las actuaciones preventivas anteriores, el daño laboral se materialice. Esta tutela de segundo orden también se ve afectada, en su configuración jurídica, por las particularidades del trabajo a distancia (en especial, por su tendencia a la flexibilización de los elementos locativo y temporal), al igual que el régimen de responsabilidades que, en esta materia, se pretendan reclamar al empresario.

En definitiva, nos encontramos ante una obra que nos proporciona un recurso valioso, práctico y útil para entender las implicaciones legales y laborales de la prevención de riesgos en el trabajo a distancia y el teletrabajo.



1. Introduction

2. Background

3. Methodology

4. Results

5. Discussion

6. Conclusion

7. References

8. Appendix

9. Acknowledgments

10. Author Biographies

11. Contact Information

12. Declaration of Interest

13. Funding

14. Data Availability

15. Ethics Approval

16. Conflicts of Interest

17. Author Contributions

18. Correspondence

19. Additional Information

20. Supplementary Materials

21. Supplementary Tables

22. Supplementary Figures

23. Supplementary Videos

24. Supplementary Audio

25. Supplementary Text

26. Supplementary References

27. Supplementary Tables

28. Supplementary Figures

29. Supplementary Videos

30. Supplementary Audio

31. Supplementary Text

32. Supplementary References

33. Supplementary Tables

34. Supplementary Figures

35. Supplementary Videos

36. Supplementary Audio

37. Supplementary Text

38. Supplementary References

39. Supplementary Tables

40. Supplementary Figures

41. Supplementary Videos

42. Supplementary Audio

43. Supplementary Text

44. Supplementary References

45. Supplementary Tables

46. Supplementary Figures

47. Supplementary Videos

48. Supplementary Audio

49. Supplementary Text

50. Supplementary References

51. Supplementary Tables

52. Supplementary Figures

53. Supplementary Videos

54. Supplementary Audio

55. Supplementary Text

56. Supplementary References

57. Supplementary Tables

58. Supplementary Figures

59. Supplementary Videos

60. Supplementary Audio

61. Supplementary Text

62. Supplementary References

63. Supplementary Tables

64. Supplementary Figures

65. Supplementary Videos

66. Supplementary Audio

67. Supplementary Text

68. Supplementary References

69. Supplementary Tables

70. Supplementary Figures

71. Supplementary Videos

72. Supplementary Audio

73. Supplementary Text

74. Supplementary References

75. Supplementary Tables

76. Supplementary Figures

77. Supplementary Videos

78. Supplementary Audio

79. Supplementary Text

80. Supplementary References

81. Supplementary Tables

82. Supplementary Figures

83. Supplementary Videos

84. Supplementary Audio

85. Supplementary Text

86. Supplementary References

87. Supplementary Tables

88. Supplementary Figures

89. Supplementary Videos

90. Supplementary Audio

91. Supplementary Text

92. Supplementary References

93. Supplementary Tables

94. Supplementary Figures

95. Supplementary Videos

96. Supplementary Audio

97. Supplementary Text

98. Supplementary References

99. Supplementary Tables

100. Supplementary Figures

101. Supplementary Videos

102. Supplementary Audio

103. Supplementary Text

104. Supplementary References

105. Supplementary Tables

106. Supplementary Figures

107. Supplementary Videos

108. Supplementary Audio

109. Supplementary Text

110. Supplementary References

111. Supplementary Tables

112. Supplementary Figures

113. Supplementary Videos

114. Supplementary Audio

115. Supplementary Text

116. Supplementary References

117. Supplementary Tables

118. Supplementary Figures

119. Supplementary Videos

120. Supplementary Audio

121. Supplementary Text

122. Supplementary References

123. Supplementary Tables

124. Supplementary Figures

125. Supplementary Videos

126. Supplementary Audio

127. Supplementary Text

128. Supplementary References

129. Supplementary Tables

130. Supplementary Figures

131. Supplementary Videos

132. Supplementary Audio

133. Supplementary Text

134. Supplementary References

135. Supplementary Tables

136. Supplementary Figures

137. Supplementary Videos

138. Supplementary Audio

139. Supplementary Text

140. Supplementary References

141. Supplementary Tables

142. Supplementary Figures

143. Supplementary Videos

144. Supplementary Audio

145. Supplementary Text

146. Supplementary References

147. Supplementary Tables

148. Supplementary Figures

149. Supplementary Videos

150. Supplementary Audio

151. Supplementary Text

152. Supplementary References

153. Supplementary Tables

154. Supplementary Figures

155. Supplementary Videos

156. Supplementary Audio

157. Supplementary Text

158. Supplementary References

159. Supplementary Tables

160. Supplementary Figures

161. Supplementary Videos

162. Supplementary Audio

163. Supplementary Text

164. Supplementary References

165. Supplementary Tables

166. Supplementary Figures

167. Supplementary Videos

168. Supplementary Audio

169. Supplementary Text

170. Supplementary References

171. Supplementary Tables

172. Supplementary Figures

173. Supplementary Videos

174. Supplementary Audio

175. Supplementary Text

176. Supplementary References

177. Supplementary Tables

178. Supplementary Figures

179. Supplementary Videos

180. Supplementary Audio

181. Supplementary Text

182. Supplementary References

183. Supplementary Tables

184. Supplementary Figures

185. Supplementary Videos

186. Supplementary Audio

187. Supplementary Text

188. Supplementary References

189. Supplementary Tables

190. Supplementary Figures

191. Supplementary Videos

192. Supplementary Audio

193. Supplementary Text

194. Supplementary References

195. Supplementary Tables

196. Supplementary Figures

197. Supplementary Videos

198. Supplementary Audio

199. Supplementary Text

200. Supplementary References